

Analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de WMO

Citation for published version (APA):

Faure, M. G., & Hartlief, T. (2002). Analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de WMO. In Faure M.G., & Dute J.C.J. (Eds.), *Evaluatie. Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* (pp. 181-207). ZonMw.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

7

Analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de WMO

M.G. Faure en T. Hartlief

7.1 Inleiding

Als bekend heeft de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO) in de totstandkomingsfase aanleiding gegeven tot meningsverschillen tussen de wetgever en dan meer bepaald het departement van Justitie en de Nederlandse verzekeraars. Het ging hierbij vooral om de invulling van de VerzekeringsAMvB op basis van artikel 7 WMO.

Een belangrijk onderdeel van dit onderzoek bestaat erin na te gaan waaruit de problemen van de Nederlandse verzekeraars precies bestaan en vervolgens te pogen de problemen inzake de verzekeraarbaarheid van het risico ook op hun waarde te schatten. In dit kader is, zoals in de vorige hoofdstukken reeds werd duidelijk gemaakt, van verschillende bronnen gebruik gemaakt. In de eerste plaats werd reeds een positiefrechtelijke analyse van de wet geboden waarin de totstandkomings-geschiedenis en de inhoud van de verplichtingen zijn beschreven. Hetzelfde geldt voor de VerzekeringsAMvB. In de tweede plaats werd reeds een onderzoek gedaan naar de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek op basis van een objectieve analyse van verzekeraarbaarheid (hoofdstuk 5). Vervolgens werd ook een onderzoek naar de verzekeringsmarkt uitgevoerd (hoofdstuk 6). Hieruit bleek onder meer een beperkte beschikbaarheid van verzekeringsdekking; tevens werden door verzekeraars verschillende bezwaren naar voren gebracht tegen de huidige regeling.

Aanleiding voor dit hoofdstuk is het feit dat thans de discussie over de totstandkoming van het verzekeringsbesluit en de bezwaren die van de zijde van verzekeraars werden verwoord, kritisch dienen te worden geëvalueerd. Bovendien vormt de uitvoerbaarheid van de VerzekeringsAMvB ook een belangrijk object van de vraagstelling zoals die in de evaluatie werd geformuleerd.

Bedoeling van dit hoofdstuk is derhalve om op basis van de hierboven aangehaalde bronnen de bezwaren van de zijde van verzekeraars te waarderen en om deze ook verzekeringseconomisch te duiden. Van belang is bovendien ook om te achterhalen wat er op dit moment op verzekeringsvlak precies gebeurt; daarbij gaat het uiteraard mede om de vraag of en zo ja hoe op dit moment dekking wordt geboden. Ten deie werd dit hierboven ook reeds in kaart gebracht. Mede in het licht van de evaluatie dient ook te worden nagegaan of en in welke mate wellicht tegemoet kan worden gekomen aan

bepaalde reële bezwaren van verzekeraarszijde om een grotere participatie van Nederlandse verzekeraars op die markt te kunnen bewerkstelligen. Specifieke aandacht gaat daarbij uit naar de causaliteitsproblematiek (paragraaf 7.5).

7.2 Overzicht van de bezwaren

7.2.1 Directe verzekering als zodanig geen bezwaar

Uit de wetsgeschiedenis en de door verzekeraars ter beschikking gestelde informatie is gebleken dat het oorspronkelijk in de bedoeling lag om een risicoaansprakelijkheid in te voeren voor schade veroorzaakt door medische experimenten. Thans is in artikel 7 WMO bepaald dat het medisch-wetenschappelijk onderzoek slechts wordt verricht indien op het tijdstip waarop het onderzoek aanvangt een verzekering is gesloten die de door het onderzoek veroorzaakte schade door dood of letsel van de proefpersoon dekt. Daaruit blijkt dat het volgens genoemde bepaling duidelijk om een verplichte schadeverzekering gaat en niet om een verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Met andere woorden: de wetgever heeft de oorspronkelijke idee van de invoering van een regime van risicoaansprakelijkheid verlaten. Dat was overigens precies ingegeven door bezwaren van de zijde van de verzekeraars, die vooral vreesden dat een risicoaansprakelijkheid voor medisch-wetenschappelijk onderzoek een mogelijk "uitstralingseffect" zou hebben in de richting van de foutaansprakelijkheid bij medisch handelen buiten experimenten.⁴⁸⁶

Op zichzelf zijn dergelijke uitstralingseffecten objectief moeilijk te meten of te beoordelen. Of dat gevaar derhalve reëel was kan moeilijk worden onderzocht of getoetst. Het is immers niet zeker dat de invoering van een risicoaansprakelijkheid bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen automatisch tot een uitbreiding van de algehele medische aansprakelijkheid zou leiden in de jurisprudentie, zoals klaarblijkelijk door de verzekeraars werd gevreesd.

Wel reëel is de vrees dat risicoaansprakelijkheid tot moeilijkheden zou kunnen leiden op het vlak van de risicodifferentiatie. Dit hangt samen met het theoretische bezwaar tegen risicoaansprakelijkheid vanuit verzekeringsperspectief. De risicoaansprakelijkheid is immers altijd verbonden met een aansprakelijkheidsverzekering en de voorspelbaarheid (en daarmee beheersbaarheid op verzekeringsvlak) van het aansprakelijkheidsrisico is nu eenmaal altijd lastig. Vanuit theoretisch perspectief is herhaaldelijk benadrukt dat een directe verzekering het grote voordeel biedt dat het gemakkelijker is om tot risicoselectie en tot risicodifferentiatie over te gaan.⁴⁸⁷ De vraag rijst echter of het theoretisch argument dat directe verzekering in het algemeen betere selectie- en differentiërmogelijkheden biedt, ook geldt voor de casus van het medisch-wetenschappelijk onderzoek. Daarbij is het slachtoffer immers de proefpersoon bij wie medisch-wetenschappelijk onderzoek wordt uitgevoerd en waarvan het risico door de verzekeraar in beginsel *ex ante* kan worden beoordeeld. Mede dankzij de *ex ante* risico-inschatting door verzekeraar en de medisch ethische toetsingscommissie kan de verzekeraar achterhalen of een bepaald experiment als een verhoogd risico dient te worden gekwalificeerd en kan ingevolge een aangepaste risicodifferentiatie ook een aangepaste premie worden gevraagd. Dat

⁴⁸⁶ Zie hierover algemeen, Frank, N., "Medische experimenten: van risicoaansprakelijkheid naar directe schadeverzekering", A&V, 1997, 9-10 en "Verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen", A&V, 2000, 11-13 en Franken, A.Ch.H., supra noot 130, 1-8.

⁴⁸⁷ Zie daarover algemeen Priest, G., supra noot 397, 1521-1590.

is bij aansprakelijkheidsverzekering lastiger omdat in het algemeen geen gedetailleerde informatie beschikbaar is over slachtoffers die een mogelijke dader (de verzekerde onderzoeker) zou kunnen veroorzaken. Dat ligt bij directe verzekering anders omdat het dan niet de dader is die verzekerd is, maar precies het slachtoffer.

Toch is dit punt voor het terrein van de medische experimenten eigenlijk niet relevant: het maakt immers niet uit of dekking wordt verleend op basis van een aansprakelijkheidsverzekering dan wel een first-party-verzekering of directe verzekering. Terwijl in het algemeen risicodifferentiatie bij aansprakelijkheidsverzekering lastiger is dan bij first party-insurance, in het algemeen is immers geen gedetailleerde informatie beschikbaar over de slachtoffers die een potentiële dader mogelijkerwijze zou kunnen maken, ligt dat bij medisch-wetenschappelijk onderzoek namelijk anders. Daar kan de verzekeraar de potentiële slachtoffers immers wel degelijk identificeren: het gaat om de proefpersoon van wie de verzekeraar in beginsel ook alles weet, respectievelijk te weten kan komen.⁴⁸⁸ Via medisch onderzoek kan de verzekeraar achterhalen welke proefpersonen bijvoorbeeld een verhoogde kans lopen op een schade; ook de hoogte van een eventueel inkomensverlies dat bij een schadegeval zou moeten worden vergoed is *ex ante* te bepalen. Dit betekent dat de nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering (moeilijke risicodifferentiatie) juist bij verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek in belangrijke mate kunnen worden beperkt door een behoorlijke risicodifferentiatie bij de van tevoren bekende onderzoeker en de identificatie van de van tevoren bekende slachtoffergroep.⁴⁸⁹ Uiteindelijk houdt dit in dat het argument dat directe verzekering in het algemeen betere selectie- en differentiërmogelijkheden biedt dan aansprakelijkheidsverzekering in dit specifieke geval van het medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen niet zo sterk is.⁴⁹⁰

In ieder geval blijft het voordeel van een directe verzekering voor verzekeraars dat zij beter beheersbaar is dan een aansprakelijkheidsverzekering: relatief eenvoudig is het verzekerd risico te omschrijven althans af te bakenen. Bovendien is de verzekeraar verlost van alle onzekerheden die met de vaststelling van de aansprakelijkheidsvraag verbonden zijn. Ook de uitkering (omvang, welke posten etc.) zou gemakkelijker dan in een systeem van aansprakelijkheidsverzekering kunnen worden beheerst. Beide aspecten zouden positieve effecten hebben op het vlak van de voorspelbaarheid en de calculeerbaarheid van het risico en daarmee ook op de premievaststelling. De verzekeraar hoeft immers niet langer in te schatten hoe groot de kans is dat een rechter (volgens vele verzekeraars een belangrijke onzekere factor) zijn verzekerde onderzoekers aansprakelijk zal houden voor de gevolgen van een onderzoek, maar kan volstaan met te bepalen wat de kans is dat bij een bekende populatie proefpersonen bij een bepaald onderzoek een bepaalde schade zal ontstaan. Dat lijkt verzekeringstechnisch eenvoudiger dan bij aansprakelijkheidsverzekering zodat daarin de grote verleiding schuilt van directe verzekering voor de verzekeraar. Wel zal mogelijk, het zij herhaald, ook bij directe verzekering een zekere causaliteitsvraag moeten worden beantwoord: een zekere afgrenzing van de schade die met de gezondheidstoestand van de patiënt verbonden is, zal moeten worden gegeven. Hoe zij er echter uit ziet is een kwestie van uitwerking en inrichting. Afhankelijk hiervan is het antwoord op de vraag of de directe verzekering werkelijk een oplossing biedt voor

⁴⁸⁸ Wij laten nu even daar de vraag welke medische informatie de verzekeraar van concrete slachtoffers kan bemachtigen. Zie hieromtrent Frenk, N., supra noot 458, 8-9.

⁴⁸⁹ Risicodifferentiatie via een geïndividualiseerd preventiebeleid werd hiervoor in het algemeen reeds naar voren geschoven als belangrijke remedie voor bepaalde problemen bij de verzekering van de aansprakelijkheid.

⁴⁹⁰ Zie in verband met de beroepsziektenproblematiek reeds in dezelfde zin: Faure, M. en Hartlief, T. (red.), supra noot 405, 302-305.

de problemen van het aansprakelijkheidsrecht: kiest men immers in een systeem van directe verzekering voor dezelfde causaliteitsmaatstaven als in het aansprakelijkheidsrecht dan staan eventuele problemen van causaliteitsonzekerheid voor slachtoffers ook aan uitkering op basis van de directe verzekering in de weg. Op die causaliteitsvraag komen wij hieronder nog terug.

Kortom: het theoretisch voordeel van directe verzekering boven aansprakelijkheidsverzekering geldt ook bij medisch-wetenschappelijk onderzoek en dat wordt overigens door verzekeraars zeker niet bestreden. Het is derhalve niet tegen het principe van de directe verzekering zelf dat men zijn pijlen richt. Overigens zij erop gewezen dat verzekeraars de invoering van directe verzekering bepleiten; zij presenteren directe verzekering in andere kaders – zoals de financiering van schade als gevolg van beroepsziekten – als remedie voor de problemen in de aansprakelijkheidsverzekering.⁴⁹¹

7.2.2 Combinatie met aansprakelijkheid?

Invoering van de directe verzekering uit de WMO laat het aansprakelijkheidsrecht onverlet. Het slachtoffer heeft dat aansprakelijkheidsrecht echter in beginsel niet nodig omdat hij rechtstreeks bij de verzekeraar vergoeding kan claimen op basis van de WMO. Toch zijn er situaties denkbaar waarin dat aansprakelijkheidsrecht toch nog een rol zou spelen. Die hangen dan met name samen met die situaties waarin de WMO-verzekering niet tussenkomt. Hoewel het aantal excepties dat de verzekeraar de benadeelde kan tegenwerpen bijzonder beperkt is blijft het nog steeds denkbaar dat de dekking die via de directe verzekering uit hoofde van de WMO wordt geboden tekort schiet.⁴⁹² Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie waarin de medisch-ethische commissie geoordeeld heeft dat het handelde om een onderzoek met geringe of verwaarloosbare risico's waardoor de commissie ex artikel 4, tweede lid, VerzekeringsAMvB de verrichter van het onderzoek kon hebben toegestaan een verzekering te sluiten tegen het minimumbedrag van 150.000,- NLG per proefpersoon. In de veronderstelling dat er schade optreedt en de schade hoger zou zijn dan het onder de WMO verzekerde bedrag kan het slachtoffer in beginsel nog steeds pogen via de schuldaansprakelijkheid integrale vergoeding van zijn schade te verkrijgen. Het spreekt dan echter wel voor zich dat ook de zware drempels van het aansprakelijkheidsrecht genomen dienen te worden wil men de daarin toepasselijke integrale schadeloosstelling kunnen genieten.

In het kader van de discussie over de invoering van een systeem van directe verzekering werd door verzekeraars gepleit voor een algehele immuniteit van aansprakelijkheid. De redenen liggen voor de hand: zo heeft het ongemoeid laten van de aansprakelijkheidsrechtelijke regeling diverse nadelen (kosten, dubbele verzekering etc.). Voor verzekeraars zou zwaar kunnen wegen dat zij met de directe verzekering in het kader van de WMO in eerste instantie een ruimhartiger regeling aanvaardden dan bij toepassing van de aansprakelijkheidsverzekering het geval zou zijn (hoewel uit de totstandkoming blijkt dat van een aanvaarding slechts in beperkte mate sprake was), terwijl langs de weg van de schuldaansprakelijkheid verzekeraars vervolgens ook nog een dubbel risico zouden lopen.

⁴⁹¹ Zie in dit verband onder anderen Kamp, P., supra noot 456, 36-37; Bloembergen, A.R., supra noot 456, 55 e.v.; Ruers, R.F., supra noot 456, 1174; Hartlief, T., supra noot 456, nrs. 75-76; Hartlief, T. en Faure, M., supra noot 456, 1135-1142; Hartlief, T., supra noot 456, 1-27 en Bergkamp, L., supra noot 456, 273-276.

⁴⁹² Zie hierover ook Frank, N., supra noot 486, 11.

Intussen is de vraag of deze cumulatie met het aansprakelijkheidsrecht voor de verzekeraars daadwerkelijk een ernstig probleem is. Er lijken geen casus te zijn voorgevallen waarin het slachtoffer naast de vergoeding vanuit de first party dekking op basis van de WMO ook nog van het aansprakelijkheidsrecht gebruik heeft gemaakt. In de literatuur is bovendien forse kritiek geleverd op een invoering van directe verzekering die met een immuniteit van aansprakelijkheid zou worden gecombineerd. Zowel Frenk⁴⁹³ als Wansink⁴⁹⁴ hebben ernstige kritiek geuit op de invoering van een directe verzekering die met een afschaffing van aansprakelijkheid gepaard zou gaan. Belangrijk argument dat daarbij naar voren wordt geschoven is dat het aansprakelijkheidsrecht nog steeds een prikkelwerking op preventief vlak zou hebben. Zie daarover ook hierboven waar die bezwaren vanuit theoretisch perspectief werden besproken.

Uiteraard mag in dit kader niet voorbij worden gegaan aan het feit dat ook bij de directe verzekering in het kader van de WMO de verrichter van het onderzoek nog steeds een prikkel tot preventie heeft. In dat geval gaan de prikkels tot preventie uit van de verzekering omdat de verzekeraar een controle op het preventief gedrag van de onderzoeker zal kunnen uitoefenen. Een adequate risicodifferentiatie zal dan ook betekenen dat in beginsel de verzekeraar een zorgvuldige onderzoeker zal belonen met een premieverlaging, dan wel dat voor minder risicovolle onderzoeken ook een lagere premie wordt berekend. In die mogelijkheid is expliciet voorzien in de VerzekeringsAMvB. Ook bij directe verzekering bestaan derhalve prikkels tot preventie, zij het dat die dan komen vanuit de controle door de verzekeraar en niet vanuit het aansprakelijkheidsrecht. De enige vraag die derhalve gesteld kan worden is – althans vanuit preventieoogpunt – of naast deze controle door de (directe) verzekeraar een blootstelling van de onderzoeksverrichter aan aansprakelijkheid nog aanvullende prikkels tot preventie zou bieden. Daarover kan moeilijk vanuit theoretisch perspectief antwoord worden geboden en de eventueel aanvullende preventieve werking van een aansprakelijkheidsstelling is ook empirisch nauwelijks te meten.

Wat daarvan ook zij: de WMO heeft klaarblijkelijk niet voor een systeem van immuniteit van aansprakelijkheid gekozen en – zie hiervoor – dit wordt door verzekeraars ook niet als een belangrijk probleem ervaren. Eventuele hervormingen dienen dan ook niet primair aandacht te besteden aan een mogelijke immuniteit van aansprakelijkheid wegens de directe verzekering in het kader van de WMO. Overigens kan natuurlijk worden benadrukt dat dit standpunt van verzekeraars ook begrijpelijk is: wanneer de risicobeoordeling door de medisch-ethische commissies en de daaraan gekoppelde risicodifferentiatie door verzekeraars adequaat functioneren zou de ex ante risico-inschatting in beginsel zodanig moeten zijn dat nauwelijks denkbaar is dat schade optreedt die niet door de WMO-directe verzekering is gedekt, maar wel tot schuldaansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven. Een belangrijk aspect daarbij is uiteraard dat in het kader van de WMO elk onderzoek in beginsel separaat zal worden beoordeeld met het oog op de risico-inschatting. Dit zou alleen anders zijn wanneer in een systeem van directe verzekering met limitering althans met een normering van de schadebedragen wordt gewerkt. Dan zou het slachtoffer voor het onvergoede deel van zijn schade een beroep op het aansprakelijkheidsrecht moeten doen. Nu de WMO-regeling echter de schade vergoedt naar de normen van het aansprakelijkheidsrecht rijst dit probleem dus niet.

⁴⁹³ Frenk, N., supra noot 458, 2-13.

⁴⁹⁴ Wansink, J.H., supra noot 458, 407-421.

Verzekeringseconomisch is er overigens ook geen argument voor een immuniteit van aansprakelijkheid. Wanneer immers de verzekeraar van oordeel zou zijn dat het risico van een aanvullende schuldaansprakelijkheid reëel is, zal daarvoor separate dekking (via een andere polis) worden verstrekt en ook separaat premie kunnen worden berekend.

Samenvattend lijkt het feit dat er geen immuniteit van aansprakelijkheid wordt geboden aan onderzoekers die hebben voldaan aan de verplichte directe verzekering in het kader van de WMO noch op theoretisch vlak, noch in de praktijk aanleiding geeft tot problemen.

7.2.3 Verzekeringsplicht?

Vervolgens komt de vraag aan de orde of het feit dat de directe verzekering door de wetgever verplicht is opgelegd problematisch is. Door sommige Nederlandse verzekeraars wordt te kennen gegeven dat een nadeel van de verplichte verzekering erin bestaat dat de voorwaarden voor de verzekering nu in detail worden voorgeschreven in de VerzekeringsAMvB. Het grote voordeel van de directe verzekering voor de verzekeraar is normalerwijze uiteraard dat de verzekeraar zelf de voorwaarden voor dekking via polisvoorwaarden kan bepalen in verhouding met de verzekerde en daarbij niet gehinderd wordt door een door de overheid opgelegd keurslijf.

Echter, vanuit rechts-politiek perspectief kan natuurlijk aan de ene kant worden betoogd dat de invoering van een verplichte verzekering steeds grote nadelen met zich brengt. Frenk wijst bijvoorbeeld op het feit dat verplichte verzekering inbreuk maakt op de vrijheid zich al dan niet te verzekeren, een verzwaring van de collectieve lastendruk meebrengt, de noodzaak meebrengt eventueel een extra voorziening in het leven te roepen in geval van een onverzekerde dader en bovendien ook van de overheid vraagt dat er controle komt op de verzekeringsplicht en handhaving in geval van niet-naleving.⁴⁹⁵ Intussen blijkt echter, uit de hierboven geschetste redenen voor de invoering van de verplichte directe verzekering dat de overheid met deze verzekeringsplicht duidelijk voor ogen had het belang van de potentiële slachtoffers te dekken. De verzekeringsplicht heeft, vanuit een theoretisch perspectief, immers het voordeel dat aan proefpersonen een garantie wordt geboden van een vergoeding indien schade optreedt. Wanneer verzekeraars bovendien nog in staat zijn om via risicodifferentiatie een goede controle op de onderzoeker uit te oefenen kan verzekering ook tot goede prikkels op preventief vlak leiden. In dat geval zou de verzekeraar door de risicodifferentiatie immers voor te grote risico's hetzij een zeer hoge premie opleggen, hetzij deze geheel van dekking uitsluiten.⁴⁹⁶ Hier is echter weer de vraag of de verzekeraars specifiek bij het medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen wel steeds de mogelijkheid hebben om daadwerkelijk van die optimale risicodifferentiatie gebruik te maken. Een ander probleem is dat een deel van de verzekeringen geboden wordt door onderlinge maatschappijen van de zorgverstrekkers zelf. Daarbij bestaat steeds het risico van een belangenverstrengeling waardoor de neiging zou kunnen bestaan om de belangen van het onderzoek soms te laten prevaleren boven een adequate risicodifferentiatie.

⁴⁹⁵ Zie daarover de kritische bedenkingen van Frenk, N., supra noot 121, 1547.

⁴⁹⁶ Over de rol van de verzekeraar bij de reductie van het ongevalsrisico, zie Faure, M., supra noot 404, 3-22.

Dat de overheid een verzekeringsplicht heeft ingevoerd is een gegeven dat niet ter discussie staat en waarvoor, vanuit het hierboven beschreven slachtofferperspectief en de optimale risicocontrole door verzekeraars, ook argumenten te bieden zijn vanuit theoretisch vlak. Dat vervolgens, wanneer een verzekeringsplicht is opgelegd, de overheid ook wenst te bepalen onder welke voorwaarden de verzekeraars gehouden zullen zijn om die verzekeringsdekking te bieden is een onvermijdelijk gevolg van de invoering van een verzekeringsplicht. Zodra een verzekeringsplicht wordt ingevoerd kan men, met andere woorden, aan een min of meer gedetailleerde regulering van de verzekeringsvoorwaarden, hoe spijtig verzekeraars dat ook mogen vinden, niet ontsnappen.⁴⁹⁷ Immers, wanneer er alleen een verzekeringsplicht zou bestaan, maar niet inhoudelijk zou worden bepaald hoe die moet worden ingevuld, zou het risico bestaan dat de verzekeraars die verzekering inhoudelijk uithollen door slechts een zeer beperkte dekking te voorzien.

Opvallend is wel dat verzekeraars in het kader van andere risico's, bijvoorbeeld bij de werkgeversaansprakelijkheid, steeds hebben bepleit dat een verzekeringsplicht uitsluitend kan worden ingevoerd wanneer deze gepaard gaat met een immuniteit van aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld in het kader van het debat over de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten hebben de verzekeraars steeds betoogd dat best een directe werkgeversverzekering voor beroepsziekten kan worden aangeboden, maar men anderzijds niet het risico kan lopen dat de verzekerde werkgever ook nog met aansprakelijkheidsclaims te maken zou krijgen (bijvoorbeeld voor het geval dat de directe verzekering niet alle schade zou dekken). In die visie zou een directe verzekering dus weinig toevoegen wanneer die nog steeds zou moeten worden gecumuleerd met een aansprakelijkheidsverzekering. Echter, zoals hiervoor werd geschetst lijkt de situatie bij de WMO anders te liggen. Daar bestaat verplichte verzekering, maar geen immuniteit van aansprakelijkheid en wordt deze ook niet door verzekeraars bepleit. De reden ligt voor de hand: anders dan bij de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten is bij de WMO ex ante een zeer concreet geïndividualiseerde risicobeoordeling mogelijk zodat de kans op een schuldaansprakelijkheid omdat de WMO-dekking ontoereikend zou zijn vermoedelijk door de verzekeraars als zeer gering wordt beschouwd.

Kortom, hoezeer ook begrijpelijk is dat de verzekeraars bezwaren maken tegen het feit dat de overheid de voorwaarden waaronder de WMO-verzekering dient te worden geboden dwingend heeft opgelegd, dat is een onvermijdelijk gevolg van de invoering van een *verplichte* directe verzekering.

Hiermee is een aantal bezwaren tegen verplichte verzekering afgedaan. Dat wil nog niet zeggen dat er aan de verplichte verzekering in het geheel geen bezwaren verbonden zijn. Er zijn vanuit verzekeringseconomisch perspectief wel degelijk enkele serieuze gevaren verbonden aan de verplichte verzekering. Een gevaar bestaat in het feit dat de overheid zich volledig afhankelijk maakt van de verzekeringsmarkt, waardoor de verzekeraars de facto (op basis van de verzekeringsplicht) kunnen bepalen of bepaald onderzoek al dan niet wordt uitgevoerd. Een dergelijke situatie is alleen aanvaardbaar wanneer voldoende concurrentie bestaat op de verzekeringsmarkt, zodat onderzoekers bij verschillende verzekeraars naar dekking op zoek kunnen gaan. Gelet op het feit dat het aanbod van verzekering in het kader van

⁴⁹⁷ Zie bijvoorbeeld ook de regulering van de verzekeringsvoorwaarden in het kader van de WAM. Dit geldt ook bij andere vormen van verplichte verzekering.

de WMO vandaag in Nederland uiterst beperkt is (slechts enkele instanties bieden de WMO-dekking aan) is dat, althans vanuit een theoretisch perspectief, een reëel probleem. Een tweede punt dat vermelding verdient is dat ook onder een verzekeringsplicht de verzekeraar zelf nog steeds de mogelijkheid moet houden om risico's optimaal te differentiëren, teneinde het moreel risico te kunnen indammen. Daartoe is ook vereist dat verzekeraars de mogelijkheid moeten houden om slechte risico's af te wijzen. Met andere woorden: een verplichte verzekering mag in principe niet gepaard gaan met een acceptatieplicht.⁴⁹⁸ Daarvan is in de WMO noch in de VerzekeringsAMvB sprake en precies ook daarom werd door de verzekeraars betoogd dat zij op zichzelf met de verplichte verzekering wel kunnen leven. Zie overigens over het belang van zowel een adequate controle van het moreel risico als over het belang van concurrentie op de verzekeringsmarkt hoofdstuk 5.

7.2.4 Specifieke problemen

De Nederlandse verzekeraars hebben voorafgaand aan de totstandkoming van de VerzekeringsAMvB over de verzekeraarbaarheid van risico's bij medisch-wetenschappelijk onderzoek overleg gepleegd met de overheid. In het kader van dat overleg heeft onder meer een correspondentie plaatsgevonden waarbij de Nederlandse verzekeraars hun bezwaren tegen de voorgestelde regeling hebben verwoord. Het lijkt van belang om die bezwaren op hun merites te beoordelen, temeer daar zij weinig gehoor lijken te hebben gehad bij de overheid, die immers bij de vaststelling van de VerzekeringsAMvB niet op die bezwaren lijkt te zijn ingegaan. Gevolg daarvan is (zo wordt althans door verzekeraars gesteld) dat slechts tijdelijk een beperkt verzekeringsaanbod kon worden tegenwoord. De vraag rijst derhalve in hoeverre het tegemoetkomen aan enkele van de destijds door verzekeraars geformuleerde bezwaren inderdaad essentieel is om, althans vanuit verzekeringseconomisch perspectief, de verzekeraarbaarheid te bevorderen.

Naar aanleiding van de gesprekken die de onderzoekers met de verzekeraars hebben gehad (zie hoofdstuk 6) is overigens naar voren gekomen dat enkele van de destijds verwoorde bezwaren zwaarder wegen dan andere. De volgende bezwaren werden destijds door verzekeraars naar voren gebracht in correspondentie met het Ministerie van Justitie:

7.2.4.1 Toepassing afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW: algemeen

Het grootste pijnpunt voor verzekeraars betreft het feit dat artikel 7, tweede lid, WMO bepaalt dat afdeling 10 van titel 1 van boek 6 van het BW van overeenkomstige toepassing is op de verplichting van de verzekeraar "voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de verplichting zich daartegen niet verzet". Artikel 7, derde lid, bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur ter zake van verzekering nadere regelingen worden gesteld en in die nadere regeling kan ook van het bepaalde in artikel 7, eerste en tweede lid, worden afgeweken.⁴⁹⁹

Kortom: de wetgever heeft afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW op de verzekeringsovereenkomst in het kader van de WMO van toepassing verklaard, hoewel verzekeraars zich daartegen sterk hebben verzet. In de VerzekeringsAMvB is (dan ook) niet gebruik gemaakt van de door de wetgever geboden mogelijkheid om in een afwijking te voorzien.

⁴⁹⁸ Daarop bestaan nochtans wel enkele uitzonderingen.

⁴⁹⁹ Zie voor een algemeen overzicht van de gevolgen van directe toepassing van afd. 6.1.10 BW op een schadeuitkering, Franken, A.Ch.H., supra noot 467, 147-162 en supra noot 130, 4-6.

Wanneer vervolgens wordt onderzocht wat nu exact de bezwaren zijn van de verzekeraars tegen de toepassing van afdeling 10 van titel 1 boek 6 BW dan blijkt dat men in de eerste plaats juist de directe verzekering had voorgesteld om alle *onzekerheden* van een regime van risicoaansprakelijkheid te vermijden. Als bekend zijn verzekeraars op verschillende terreinen in toenemende mate ongerust over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht die door sommigen wel worden aangeduid als de "socialisering van het aansprakelijkheidsrecht".⁵⁰⁰ Kort gezegd houdt deze ontwikkeling in dat de normale, relatief hoge drempels van het aansprakelijkheidsrecht worden vervangen door lage, uit de sociale zekerheid bekende, drempels (enkel schade is voldoende voor een uitkering), terwijl de hoge beloning van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding van vermogensschade + smartengeld) gehandhaafd blijft. Inderdaad kan op vele terreinen (denk aan werkgeversaansprakelijkheid, maar dit is zeker ook bij de medische aansprakelijkheid mogelijk) worden gewezen op een ontwikkeling waar het in de kern gaat om het aannemen van aansprakelijkheid zonder tekort schieten en ondanks eigen schuld. Het is precies deze ontwikkeling in het aansprakelijkheidsrecht die vele verzekeraars met toenemende zorg beschouwen.

Wat dat betreft bevinden zij zich in goed gezelschap: ook in de literatuur⁵⁰¹ is erop gewezen dat door de uitholling van het aansprakelijkheidsrecht⁵⁰² een laagdrempelig systeem ontstaat waarin de slachtoffers het beste van twee werelden kunnen behouden: het voordeel van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding) wordt dan gecombineerd met de gemakken van de sociale zekerheid, namelijk lage drempels. Eerder is in de literatuur erop gewezen dat die ontwikkeling vanuit een perspectief van betaalbaarheid problematisch kan zijn.

Echter, vele van die bezwaren richten zich specifiek op het aansprakelijkheidsrecht en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidsverzekering. Verzekeraars spreken in dit verband van het "open einde" van het aansprakelijkheidsrecht, omdat door de ontwikkelingen in de jurisprudentie het voor verzekeraars bijzonder moeilijk calculeerbaar wordt wanneer al dan niet aansprakelijkheid zal worden aangenomen. Betoogd wordt derhalve dat het aansprakelijkheidsrisico onverzekerbaar werd. Precies daarom is, zo werd hier al aangegeven, door verzekeraars voor een directe verzekering gepleit. Die directe verzekering zou dan immers het voordeel hebben dat de voorwaarden voor uitkering in de verzekeringspolis worden bepaald en dat men de onzekere factor (aansprakelijkheidsbeslissing van de rechter) heeft uitgesloten.

Die voordelen blijft men bij de directe verzekering ook vandaag natuurlijk nog steeds houden, ook wanneer afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Immers: het principiële voordeel van directe verzekering, namelijk de betere mogelijkheden van risicodifferentiatie (doordat het risico direct en niet langer de aansprakelijkheid worden verzekerd) blijven onverkort bestaan.

Derhalve rijst de vraag welke regels uit afdeling 6.1.10 BW voor verzekeraars nu dermate bezwaarlijk zijn dat zij wellicht zelfs tot onverzekerbaarheid zouden kunnen leiden, ook in het kader van de directe verzekering. Wanneer de bezwaren nader

⁵⁰⁰ Zie daarover verdere uitwerking bij Hartlief, T., supra noot 456 en Hartlief, T., supra noot 456, 1-27.

⁵⁰¹ Zie vooral de in de vorige voetnoot geciteerde publicaties van Hartlief.

⁵⁰² Bolt en Spier spreken van de uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (zie HNJV 1996, Deventer, 1997).

worden beschouwd blijkt het de verzekeraars vooral te gaan om de causaliteitsproblematiek.

7.2.4.2 Vrees voor afwenteling van causaliteitsonzekerheid

Verzekeraars betogen dat het niet acceptabel is dat de vaststelling van het causaal verband tussen het medisch-wetenschappelijk onderzoek en de beweerde schade door de causaliteitsregels in afdeling 10 wordt geregeld.

Waar verzekeraars hier vermoedelijk specifiek op doelen is de welbekende problematiek van de causaliteitsonzekerheid. Zoals bekend rijzen, vooral bij medische aansprakelijkheid, vaak problemen omdat er onzekerheid bestaat aangaande het causaal verband tussen een bepaalde medische handeling en het optreden van schade. De vraag op welke wijze het recht met dergelijke causaliteitsonzekerheid dient om te springen heeft de laatste jaren het voorwerp uitgemaakt van een uitgebreid debat tussen voor- en tegenstanders. Traditioneel nam de Nederlandse doctrine en jurisprudentie, vooral in verband met het aansprakelijkheidsrecht aan, dat causaliteit ofwel voldoende aannemelijk kan worden gemaakt ofwel niet. Alles of niets dus.⁵⁰³ Dit heeft er in de jurisprudentie nogal eens toe geleid dat bij twijfel omtrent het causaal verband bepaalde schade toch werd toegerekend. Illustratief in dat verband is uiteraard de DES-jurisprudentie. Onzeker was in die casus van welke producent de DES-moeders het betreffende geneesmiddel hadden aangeschaft. Toch leidde de leer van de alternatieve causaliteit ertoe dat elke "DES-dochter" in principe integraal verhaal kan halen bij elke producent.⁵⁰⁴ Die aanpak heeft – begrijpelijk – tot heel wat kritiek geleid bij verzekeraars.⁵⁰⁵ In dat geval wordt immers de causaliteitsonzekerheid afgeschoven op de schadeveroorzakers en diens verzekeraar. Terugkomend op de DES-problematiek leidt dit ertoe dat een verzekeraar van een van de DES-producenten niet langer uitsluitend de schade dekt die door zijn eigen verzekerde zou kunnen worden veroorzaakt, maar in beginsel gehouden kan worden alle schade die op die markt werd veroorzaakt te dekken. Een dergelijke afwenteling van causaliteitsonzekerheid kan, zo is eerder betoogd, tot onverzekerbaarheid leiden.⁵⁰⁶

In die optiek is begrijpelijk dat verzekeraars enigszins ongerust zijn over de toepassing van die causaliteitsregels, zeker wanneer die ertoe zouden leiden dat causaliteitsonzekerheid op de verzekeraar wordt afgewenteld. Overigens is er op basis van de tekst van de wet niet veel reden voor ongerustheid. Artikel 7, eerste lid, in fine bepaalt immers uitdrukkelijk "De verzekering behoeft niet te dekken de schade waarvan op grond van de aard van het onderzoek zeker of nagenoeg zeker was dat deze zich zou voordoen". Echter, problemen rijzen vooral wanneer onduidelijk is of de schade in oorzakelijk verband met de verrichting staat en die onzekerheid vervolgens op de verzekeraar kan worden afgewenteld.

⁵⁰³ Faure, M., "Een schijn van een kans", *MenR*, 2000, 175.

⁵⁰⁴ HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (C.J.H.B.), *TMA*, 1993, 15 met noot J.M. van Dunné; *AA*, 1993, 12 met noot J. Hijma; *MenR*, 1992, 668 met noot P.A. Kottenhagen-Edzes; *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1992, 325 met noot G.J. Rijken en J.G.J. Rinkes. Zie verder ook Kottenhagen-Edzes, P.A., "Milieuschade die het gevolg is van meer dan één oorzaak", *NJB*, 1989, 1334-1340; Dunné, J.M. van, stellingen gepresenteerd op de studiedag "Het DES-dochters-arrest: nieuwe wegen voor producten- en milieuaansprakelijkheid? Meerdere aansprakelijkheid en multicausaliteit in de jaren '90", stellingen 8 en 9 en zijn noot in *TMA*, 1993, (20), 24 bij het DES-arrest; Kottenhagen-Edzes, P.A., noot, *MenR*, 1992, 673; Bergkamp, L., "Wie van de Drie" en "Alles of Niets: Nederlandse toestanden?", *NJB*, 1993, 100-103; Nieuwenhuis, J.H., "Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel", *Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad, Vermande, 1987, 7-16; Rijken, G.J. en Schneider, H.E.G.S., boekbespreking *Preadvies Vereniging van Burgerlijk Recht 1987, Kwartaalbericht Nieuw BW*, 1988, 129-132; Rijken, G.J. en Rinkes, J.G.J., noot, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1992, 330-333; Hartlief, T., "Alternatieve causaliteit", *TVVS*, 1992, 308-314; Spier, J., "De aansprakelijkheid, maar aansprakelijkheid voor de gehele markt", *WPNR*, 6089, 276-282; Ingelse, P., "Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW", *NJB*, 1992, 1408.

⁵⁰⁵ Wansink, J.H., "Het DES-arrest in het perspectief van verzekerbare slachtofferbescherming", *A&V*, 1993, 7-12.

⁵⁰⁶ Aldus Faure, M. en Hartlief, T., "Remedies for Expanding Liability", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1998, 681-706.

Vooraf bij de problematiek van medisch-wetenschappelijk onderzoek kan dit tot onwenselijke consequenties leiden. Men kan zich voorstellen dat na een medisch-wetenschappelijk onderzoek schade is ontstaan, maar onduidelijk is of deze schade aan het experiment te wijten is of gewoon het gevolg is van de evolutie van de gezondheidstoestand van de proefpersoon. Wanneer nu die causaliteitsonzekerheid systematisch op de verzekeraar zou worden afgewenteld, zou een consequentie zijn dat de verzekeraar niet alleen gehouden is schade te dekken die het gevolg is van het medisch-wetenschappelijk onderzoek, maar tevens gehouden zou kunnen worden schade te vergoeden die een gevolg is van het ziektebeeld – althans het gevolg is van de specifieke lichamelijke constitutie van deze gelaedeerde – en geen enkel verband houdt met het medisch-wetenschappelijk onderzoek. Een afwenteling van de causaliteitsonzekerheid op de onderzoeker en diens verzekeraar kan immers meebrengen dat wanneer de verzekeraar (ten gevolge van een omkering van bewijslast) niet zou kunnen aantonen dat de schade niet het gevolg is van het medisch-wetenschappelijk onderzoek, hetgeen veelal een moeilijk te leveren bewijs zal zijn, hij tot schadeloosstelling gehouden is.

Overigens moet worden opgemerkt dat die problemen aangaande de causaliteitsonzekerheid natuurlijk niet alleen rijzen bij de directe verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek, maar ook veel aansprakelijkheidsjuristen kopzorgen baren. Derhalve kan wellicht ook worden gekeken naar de oplossingen die binnen het aansprakelijkheidsrecht voor die causaliteitsonzekerheid zijn uitgedacht. Steeds meer wordt nu een proportionele aansprakelijkheid als oplossing voor die causaliteitsonzekerheid gepropageerd.⁵⁰⁷ Die proportionele oplossing komt erop neer dat bij causaliteitsonzekerheid de kans dient te worden berekend dat de *additionele* schade – niet zijnde de schade als gevolg van de ziekte zelf; verzekeraars zullen zeggen dat het niet goed te bepalen is wat deze additionele schade is – werd veroorzaakt door de medische handeling, waarna het slachtoffer vervolgens gerechtigd is tot schadeloosstelling voor een proportioneel gedeelte. Die proportionele benadering biedt het voordeel dat de verzekeraar niet langer gehouden zal worden dekking te verlenen voor schadegevallen die niet door het medisch-wetenschappelijk onderzoek werden veroorzaakt.

Daaruit volgt dat, samenvattend, de problemen bij causaliteitsonzekerheid die door de verzekeraars worden signaleerd zeker ernstig te nemen zijn. Echter, die problemen zijn niet uniek voor de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek maar rijzen ook in het gemene aansprakelijkheidsrecht. Het lijkt aangewezen om een oplossing als die van de proportionele aansprakelijkheid te hanteren als oplossing voor causaliteitsonzekerheid, zoals ook in de literatuur is voorgesteld en waarvoor afdeling 6.1.10 BW naar gangbare inzichten ook de ruimte biedt. Dit zou mogelijk een remedie kunnen bieden die aan de bezwaren van verzekeraars tegemoet zou kunnen komen.

Voor de goede orde: eerder werd reeds aangegeven dat tijdens de gesprekken met verzekeraars bleek dat men de invoering van een proportionele aansprakelijkheid als reactie op de causaliteitsonzekerheid als een "lapmiddel" kwalificeert. Dat is ten dele begrijpelijk. Immers: de proportionele aansprakelijkheid vormt een remedie voor causaliteitsonzekerheid, maar het fundamentele probleem, namelijk dat de actuariael juiste premie niet kan worden doorberekend (zie daarover hieronder paragraaf 7.4.4.1.)

⁵⁰⁷ Zie daarover de bijdragen in Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000.

is daarmee uiteraard nog niet opgelost. Echter, wanneer de overheid middelen zou vrijmaken waardoor de actuariel juiste premie ook kan worden doorberekend, kan de proportionele aansprakelijkheid wel degelijk nuttig zijn om het andere probleem, namelijk de causaliteitsonzekerheid, het hoofd te bieden.

7.2.4.3 Verzekerde bedragen

Verzekeraars hebben klaarblijkelijk ook bezwaren tegen de naar hun mening zeer hoge verzekerde bedragen en hoge uitkeringen. Naar de mening van verzekeraars zou de uitkering bij schade ten gevolge van een medisch-wetenschappelijk onderzoek beduidend hoger zijn dan de normale vergoeding in het aansprakelijkheidsrecht. Verzekeraars betogen vervolgens dat het onmogelijk is om te komen tot een aangepaste premie voor deze bedragen.

Dit argument wekt op het eerste gezicht bevreemding. Vanuit de normale verzekeringseconomische beginselen zou kunnen worden betoogd dat de uit te keren bedragen in geval van schade tussen verzekeraar en verzekerde kunnen worden overeengekomen en dat wanneer, mede ten gevolge van wetgevend ingrijpen, zoals in casu, de bedragen die worden vooropgesteld relatief hoog zijn, de verzekeraar zijn premie daarop kan afstemmen. In dit geval geldt immers dat ook bij directe verzekering een verzekeraar *ex ante* een calculatie dient te maken van de probabiliteit van schade, deze vervolgens dient te vermenigvuldigen met de te verwachte uitkeringen bij schade en op basis daarvan een premie dient te calculeren. Bij hoge verzekerde bedragen leidt dit tot hogere premies.

Na gesprekken met de verzekeraars is gebleken dat, vooral voor de onderlinge verzekeringsmaatschappijen het bijzonder moeilijk is gebleken om *effectief* de reële premies aan te rekenen. Wanneer men, rekening houdend met van tevoren vastgestelde bedragen de actuariel juiste premie (op basis van probabiliteit x uit te keren bedragen)⁵⁰⁸ in rekening zou brengen, zou de premie, zo werd gesteld, veel te hoog zijn. In eerste instantie past hier de tegenwerping dat wanneer premies relatief hoog zijn, zulks eenvoudigweg een weerslag vormt van het verhoogde risico en dat vervolgens de uitvoerder van het onderzoek voor de keuze wordt gesteld om hetzij het onderzoek te staken (omdat verzekeraars klaarblijkelijk het risico hoog achten), hetzij het risico alsnog doorgang te laten vinden na betaling van de premie. Het probleem bleek echter te zijn dat het voor de verrichters van het onderzoek onmogelijk was om de in rekening gebrachte premie ook daadwerkelijk door te berekenen. Dit lijkt geen verzekeringseconomische reden te hebben, doch daaraan ligt eenvoudigweg de wijze van financiering van de gezondheidszorg in Nederland ten grondslag. Volgens de normale verzekeringseconomische beginselen zou immers de berekende premie vervolgens ook dienen te worden doorberekend aan degene die de betreffende zorgen geniet of diens verzekeraar. Dat blijkt echter onmogelijk. De financiering van de gezondheidszorg is immers zodanig sterk gereguleerd dat de onderzoekers niet de mogelijkheid hebben om prijsverhogingen die, geleid op het risico, aangewezen zouden zijn, door te berekenen. Een gevolg daarvan is dat vooral onderlinge verzekeraars enerzijds betogen bijzonder huiverachtig te worden om onderzoek met een naar hun mening te hoog risico te aanvaarden terwijl zij anderzijds een niet op het risico afgestemde, en daardoor te lage premie, in rekening brengen.

⁵⁰⁸ Zie over het concept van de actuariel juiste premie hoofdstuk 5.

De vraag rijst uiteraard welke remedie hier aangewezen is. Niet voor de hand ligt om de suggestie van verzekeraars te volgen om de verzekerde bedragen dan maar te verlagen. Wanneer op wetgevingsvlak om beleids- en politieke redenen is gekozen schade ten gevolge van medisch-wetenschappelijk onderzoek volgens bepaalde hoge genormeerde bedragen te vergoeden dient dit op zichzelf te worden aanvaard. Tezelfdertijd geldt dat uiteraard wel aan de onderzoekers en betrokkenen bij medisch-wetenschappelijk onderzoek ook de middelen dienen te worden geboden om de daaraan corresponderende premies effectief door te berekenen. Het probleem lijkt bijgevolg niet zozeer te liggen in de hoogte van de uitkeringsbedragen, maar wel in het feit dat in de hedendaagse regeling de mogelijkheid niet bestaat de actuairueel juiste premie ook door te berekenen. Op dat punt dient dan ook in een remedie te worden voorzien.

7.2.4.4 Premiecalculatie

Door verzekeraars werd ook betoogd dat het risico van medisch onderzoek tot op heden een onbekend risico was. Zoals steeds bij nieuwe risico's bemoeilijkt dit een behoorlijke premiecalculatie. Enerzijds is dit een ernstig argument, anderzijds ook weer niet. Verzekeraars hebben natuurlijk gelijk wanneer ze stellen dat volgens de essentiële verzekeringseconomische beginselen informatie over een risico beschikbaar dient te zijn om een premie te kunnen calculeren. Die informatie zal, zoals vaak bij nieuwe risico's, soms moeilijk te achterhalen zijn.⁵⁰⁹ Anderzijds kan echter niet worden betoogd dat bij gebrek aan voldoende statistische informatie over de risico's bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, een dergelijk risico dan automatisch als onverzekerbaar dient te worden beschouwd. In de literatuur is immers voorgehouden dat wanneer onzekerheid ten aanzien van een risico bestaat, het probleem van de "insurer ambiguity" rijst. Kunreuther, Hogarth en Mezaros⁵¹⁰ hebben betoogd dat een dergelijke "insurer ambiguity" niet tot onverzekerbaarheid van een risico leidt, maar dat de verzekeraar die onzekerheid zal dienen te compenseren door een additionele risicopremie aan te rekenen. Die risicopremie vormt dan als het ware een vergoeding voor de onzekerheid ten aanzien van het risico. Vanuit theoretisch perspectief beschikt de verzekeraar derhalve over de mogelijkheid om, ook bij gebreke van behoorlijk statistisch materiaal, het risico te dekken tegen een additionele risicopremie. Nochtans vereist dit dat de verzekeraar toch minimale informatie heeft om minstens de additionele risicopremie te bepalen die hij in rekening dient te brengen.

Bij dit alles komt natuurlijk ook de vraag of wel sprake is van voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt. Wanneer verzekeringsmarkten onvoldoende concurrentieel zijn (bijvoorbeeld door een gebrek aan aanbod) zal al gauw de neiging van verzekeraars ontstaan om hetzij de te grote risico's niet te dekken, hetzij een bijzonder hoge risicopremie aan te rekenen.⁵¹¹ Dit maakt de risico's als zodanig niet onverzekerbaar, maar een dergelijke verschraving van het verzekeringsaanbod zou wel de uitvoerbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek in gevaar kunnen brengen. Overigens moet worden opgemerkt dat wanneer verzekeraars betogen dat het risico van schade veroorzaakt door medisch-wetenschappelijk onderzoek onvoldoende bekend is, zij uiteraard zelf over de mogelijkheid beschikken om via statistieken (ook uit het buitenland) adequate informatie in te winnen. Onduidelijk is in welke mate Nederlandse verzekeraars desbetreffend actief op zoek zijn gegaan naar mogelijkheden om ook werkelijk actuairueel juiste informatie te verkrijgen.

⁵⁰⁹ Frenk, N., supra noot 458, 2-3.

⁵¹⁰ Kunreuther, H., Hogarth, R. en Mezaros, J., "Insurer ambiguity and market failure", *Journal of Risk and Uncertainty*, 1993, 71-81.

⁵¹¹ Zie over het belang van concurrentie op de verzekeringsmarkt hoofdstuk 5.

7.2.4.5 Precedentwerking

Verzekeraars hebben ook nog betoogd dat moet worden gevreesd dat een ruimhartige regeling voor schade veroorzaakt door medisch-wetenschappelijk onderzoek een "uitstralingseffect" zou hebben op de medische aansprakelijkheid in het algemeen. Kort gezegd komt dit argument erop neer dat wanneer de wetgever nu een ruimhartige regeling invoert voor de slachtoffers van medisch-wetenschappelijk onderzoek, de rechter dan ook wel eens geneigd zou kunnen zijn om bij de medische aansprakelijkheid in het algemeen ruimhartiger schadeloosstelling toe te kennen.

Dit argument kan vanuit wetenschappelijk perspectief moeilijk serieus worden genomen. Het is een beleidsmatige vrees van verzekeraars, maar uiteraard geen ernstig verzekerbareheidsargument.

7.2.4.6 Eigen recht verzekerde

Tenslotte hebben verzekeraars zich ook gekeerd tegen het eigen recht van de gelaedeerde op uitkering. Ook dat argument is op zichzelf begrijpelijk. Wanneer een verzekeraar een directe verzekering aangaat gaat hij er uiteraard in beginsel van uit dat de voorwaarden voor uitkering worden afgesproken tussen verzekeraar en verzekerde en dat die voorwaarden voortvloeien uit de polisvoorwaarden. Wanneer bijvoorbeeld met het verzekerde ziekenhuis bepaalde uitsluitingen zouden zijn overeengekomen zou de verzekeraar die uiteraard graag willen tegenwerpen aan het slachtoffer.

Echter, hierboven is reeds aangegeven dat het vanuit beleidsmatig perspectief begrijpelijk is dat wanneer de wetgever een directe verzekering invoert met verzekeringsplicht, dat deze wetgever dan ook de voorwaarden voor dekking wil bepalen. Wanneer de verzekeraar immers zelf zou kunnen bepalen welke schade onder specifieke voorwaarden wordt vergoed zou dit het risico kunnen meebrengen dat de slachtofferbescherming de facto een wassen neus wordt. Vandaar dat het eigen recht van de verzekerde een onvermijdelijk gevolg is van de slachtofferbeschermingsidee die klaarblijkelijk ten grondslag aan de wettelijke regeling lag.

Ook moet worden gezegd dat niet kan worden ingezien hoe dit eigen recht van de gelaedeerde op zichzelf de verzekerbareheid in gevaar zou brengen. Dit kan er weliswaar toe leiden dat de verzekeraar soms toch dient te vergoeden, ook al zou hij tegenover de verzekerde verrichter een exceptie kunnen tegenwerpen. Ook dat risico is in beginsel echter calculeerbaar en ter zake kan een aangepaste premie worden geëist.

7.2.4.7 Samenvatting

Wanneer nu, samenvattend, de problemen worden geïnventariseerd die in de voorfase door verzekeraars werden geschetst, kunnen deze als volgt worden gewogen: enkele problemen (zoals eigen recht van de verzekerde, uitstralingseffecten naar medische aansprakelijkheid) zijn vanuit een verzekeringsbeleidsmatig perspectief begrijpelijk, maar brengen, vanuit het hier gehanteerde verzekeringseconomisch perspectief, de verzekerbareheid niet principieel in gevaar. Andere punten dienen wel serieus te worden genomen. Dit betreft natuurlijk in de eerste plaats het klaarblijkelijk bestaande probleem dat verzekeraars niet de mogelijkheden hebben om de actuariële juiste premie aan de onderzoekers aan te rekenen omdat zij niet in staat zouden zijn om die premie daadwerkelijk door te berekenen. Dit leidt op termijn uiteraard tot een

vertekende situatie omdat dan ook niet duidelijk wordt gemaakt wat de echte prijs van het onderzoeksrisico vormt.

De toepassing van de regels van het civiele schadevergoedingsrecht op een directe verzekering zou in beginsel evenmin tot onoverkomelijke problemen hoeven te leiden, op voorwaarde dat de (directe) verzekeraar de mogelijkheid heeft om een adequate premie door te berekenen voor de geboden bescherming. Er is echter een serieus probleem dat zowel in het aansprakelijkheidsrecht als bij de directe verzekering rijst en dat houdt verband met de causaliteitsonzekerheid. Onduidelijke causaliteitsmaatstaven kunnen, zeker bij medische aansprakelijkheid (waar men altijd te maken heeft met patiënten die al slachtoffer zijn, in de zin dat er al schade is) tot een onverantwoorde uitbreiding van de schadelast leiden. Dat kan inderdaad (net zoals bij aansprakelijkheidsverzekering) de verzekerbaarheid in gevaar brengen. Maar ook daar geldt dat remedies mogelijk zijn die de verzekerbaarheid zouden kunnen bevorderen. Gezocht dient te worden naar een adequate causaliteitsmaatstaf waardoor de directe verzekeraar uitsluitend wordt gehouden de schade te vergoeden die daadwerkelijk het gevolg is van het medisch-wetenschappelijk onderzoek. Toepassing van proportionele aansprakelijkheid – waarvan afdeling 6.1.10 BW ook de ruimte laat – zou in dit kader meer serieuze aandacht verdienen.

7.3 Risicobeoordeling en preventie

Een belangrijke vraag vanuit beleidsmatig perspectief is uiteraard of de verzekeraars via een behoorlijke risicodifferentiatie ter controle van het moreel risico ook, zoals men vanuit theoretisch perspectief zou verwachten, een behoorlijke bijdrage leveren aan de preventie van schade. Idealiter zou men verwachten dat de verzekeraar in de mate van het mogelijke per geval een risicocalculatie uitvoert en een premie verlangt die correspondeert met het ingeschatte risico van het onderzoek. Precies daarom is het van belang dat verzekeraars de mogelijkheid moeten hebben om, op een concurrentiële markt, de premie te verlangen die correspondeert met het werkelijke actuariële risico. Die gevorderde premie reflecteert dan immers ook de mate van risico van het onderzoek.

In beginsel zijn de mogelijkheden van een risicodifferentiatie, althans op papier, bijzonder groot. Immers, voor elk onderzoek kan de verzekeraar bepalen of hij het risico aanvaardt, dan wel dekking weigert. Op voorwaarde dat voldoende concurrentie op de markt bestaat en een voldoende aanbod (hetgeen dus kan worden betwijfeld) zou dit ertoe moeten leiden dat verantwoord medisch-wetenschappelijk onderzoek in ieder geval doorgang kan vinden tegen een actuariële juiste premie.

Vanuit preventief perspectief is vooral de vraag interessant wat de relatie is tussen de medisch-ethische commissies en de verzekeraars. Theoretisch zou men verwachten dat verzekeraars gebruik kunnen maken van de wetenschap bij medisch-ethische commissies. Zij zouden immers primair als experts op het terrein van de risicocalculatie bij medisch-wetenschappelijk onderzoek kunnen worden beschouwd. Echter, aan de hand van het empirisch onderzoek naar het functioneren van de medisch-ethische commissies kan worden betwijfeld of die commissies ook daadwerkelijk hun taak, meer bepaald wat de risico-inschatting en differentiatie betreft, op die wijze uitvoeren.

Daaruit volgt dat op dit ogenblik nog geen definitieve uitspraken kunnen worden geformuleerd over de effecten van de directe verzekering op preventief vlak en de invloed van de verzekeraars op de risicobeoordeling.

7.4 Enkele conclusies en aanbevelingen

7.4.1 Verzekeringsaanbod beperkt

Het is uiteraard in deze fase te vroeg definitieve conclusies te formuleren ten aanzien van de verzekeraarbaarheid van medische experimenten op de Nederlandse markt. Een onderzoek van de huidige praktijk van de Nederlandse verzekeringsmarkt wat dit risico betreft heeft echter toch al duidelijke inzichten geboden met betrekking tot de reële problemen die desbetreffend klaarblijkelijk rijzen. Dat die problemen reëel zijn blijkt wel uit het feit dat het aantal aanbieders van een WMO-dekking op de Nederlandse markt uitermate beperkt is, zeker wat de risico's in ziekenhuizen betreft. In feite treedt slechts één commerciële verzekeraar op deze markt op (die zich intussen hiervan heeft teruggetrokken) en verder twee onderlinge. Wat betreft de verzekering van het onderzoek dat door de farmaceutische industrie wordt geïnitieerd ligt de situatie iets anders: daar is het aantal verzekeraars dat bereid is het risico te dekken weliswaar groter, maar in feite betreft het hier steeds buitenlandse verzekeraars (dat wil zeggen verzekeraars met een buitenlandse moedermaatschappij).

Conclusie is dan ook dat het aanbod op de markt op dit moment te klein is en dus ook de concurrentie te gering is. Enige actie lijkt dus aangewezen omdat, althans op theoretisch vlak, negatieve effecten kunnen worden verwacht van dit schrale aanbod. Daarnaast kunnen de volgende initiële conclusies worden geformuleerd:

7.4.2 Negatief effect verzekeringsplicht?

Het feit dat een verzekeringsplicht werd ingevoerd lijkt op zichzelf geen probleem voor de verzekeraars te vormen. Beleidsmatig vormt, zoals bekend, de invoering van een verzekeringsplicht wel een probleem wanneer onvoldoende concurrentie op de markt bestaat. In de literatuur is aangegeven dat dit het risico zou meebrengen dat verzekeraars dan de facto de bevoegdheid krijgen om de activiteit al dan niet toe te laten. De vrees is dat daarvan inderdaad vandaag in Nederland sprake is. Immers: wanneer slechts één commerciële en twee onderlinge verzekeraars het medisch-wetenschappelijk onderzoek bij ziekenhuizen dekken, kan eenvoudig worden geconcludeerd dat hun macht om te bepalen of bepaald onderzoek al dan niet doorgang zal vinden bijzonder groot wordt. Bovendien heeft, zoals gezien, de betreffende commerciële verzekeraar zich tijdens deze studie van de markt teruggetrokken. Dit zou daarom tot de negatieve consequentie kunnen leiden dat in sommige gevallen maatschappelijk wenselijke experimenten niet meer plaatsvinden omdat verzekeringsdekking niet beschikbaar is.

Voor de onderlinge waarborgmaatschappijen van de zorgverstrekkers bestaat daarnaast nog een omgekeerd risico: juist omdat die onderlinge maatschappijen onder grote druk zullen staan van de verrichters om toch dekking te verlenen (derwijze dat het onderzoek toch kan plaatsvinden) bestaat het risico dat zij juist al te gemakkelijk zouden kunnen beslissen een bepaald risico toch maar te dekken. Verzekeringseconomisch zou daarop kunnen worden gerepliceerd dat dit gedrag zichzelf op termijn zou dienen te straffen omdat ook een onderlinge maatschappij een

actuarieel juiste premie voor het risico zou dienen te calculeren. Echter, juist daar lijkt de schoen te wringen omdat de mogelijkheden om de actuarieel juiste premie door te berekenen zeer beperkt lijken te zijn ten gevolge van de financieringsstructuur van de Nederlandse gezondheidszorg. Dit zou tot het verzekeringseconomisch onwenselijke effect kunnen leiden dat zeker de onderlinge maatschappijen bepaald onderzoek dekken tegen een premie die lager is dan de actuarieel juiste premie omdat die laatste niet zou kunnen worden doorberekend. Dat is onwenselijk omdat de gevraagde premie dan onvoldoende de risicograad weerspiegelt en derhalve geen optimale risicodifferentiatie en controle van het moreel risico plaatsvindt.

Het huidige schrale aanbod van verzekeraars zou nog een ander risico kunnen meebrengen, waarop ook uitdrukkelijk werd gewezen door de verzekeraars, namelijk dat de medisch-ethische commissies door de onderzoekers onder druk zouden kunnen worden gezet om een bepaalde handeling niet als experiment aan te merken, zodat er geen verzekeringsplicht bestaat. Of van een dergelijke druk sprake is is uiteraard moeilijk toetsbaar en dit risico zal door sommigen wellicht als hypothetisch worden gekwalificeerd. Een gelijkaardig risico zou bestaan wanneer de medisch-ethische commissies ten onrechte van hun bevoegdheid gebruik zouden maken om een bepaald experiment als een lager risico te kwalificeren, derwijze dat de bedragen die dienen te worden verzekerd ook lager mogen zijn. Een dergelijk besluit kan immers cruciaal zijn om het onderzoek als zodanig te laten doorgaan. Als verzekering voor hogere bedragen niet beschikbaar zou zijn zou, nu verzekeringsdekking vereist is om het onderzoek te laten plaatsvinden, inderdaad de neiging bij de commissies kunnen bestaan om de risico's lager in te schatten teneinde daarmee ook de vereiste premie te drukken. Empirische gegevens ter ondersteuning van beweringen over een dergelijke druk op de commissies zijn overigens niet gevonden; het blijft hier derhalve bij een veronderstelling.

Het spreekt voor zich dat wanneer dergelijke praktijken (waartoe het schrale aanbod en het gebrek aan mogelijke doorberekening van actuarieel juiste premie op dit moment wel uitnodigen!) daadwerkelijk zouden plaatsvinden, zulks manifest in strijd zou zijn met de bedoeling van de wetgever.

7.4.3 Huidige situatie onbevredigend

Een eerste conclusie is derhalve dat ondanks de vrede van drie jaren de huidige verzekeringssituatie met betrekking tot medisch-wetenschappelijk onderzoek, zeker wat de ziekenhuizen betreft, bepaald onbevredigend is. Het huidige gebrek aan aanbod leidt tot een verschraling van de concurrentie. Dit brengt enerzijds het risico mee dat maatschappelijk wenselijk onderzoek niet zouden kunnen plaatsvinden en anderzijds het risico dat de commissies te snel zouden beslissen dat de WMO niet van toepassing is. Een onverkort continueren van de huidige praktijk lijkt dan ook riskant.

Inderdaad: zeker wat het door de ziekenhuizen geïnitieerde onderzoek betreft, is het risico vandaag dat geen actuarieel juiste premie wordt aangerekend. Dit brengt mee dat de premie niet het juiste risico reflecteert (hetgeen onbevredigend is vanuit het oogpunt van een optimale controle van het moreel risico en de noodzaak van een optimale risicodifferentiatie). Daarenboven leidt die situatie ook tot een te beperkt premie-inkomen. Het risico is derhalve niet denkbeeldig dat wanneer ooit een ernstig schadegeval zich voordoet, de reserves die door dit geringe premie-inkomen werden gegenereerd, onmiddellijk zouden zijn opgebruikt, hetgeen mogelijks een beëindiging van de verzekeringsdekking tot gevolg zou kunnen hebben.

Derhalve is hierboven onderzocht welke bezwaren de verzekeraars destijds tijdens de onderhandelingen met het departement van Justitie naar voren hebben geschoven tegen het ontwerp VerzekeringsAMvB. Die bezwaren zijn vervolgens ook gewogen op basis van verzekeringseconomische criteria. Conclusie is dat enkele door de verzekeraars naar voren geschoven bezwaren zeker als zodanig ernstig dienen te worden gekwalificeerd dat zij de verzekeraarbaarheid daadwerkelijk in gevaar kunnen brengen. Wil men, vanuit beleidsmatig perspectief, verzekeraarbaarheid bevorderen, dan lijkt het aangewezen om op die punten in een remedie te voorzien. De belangrijkste bedreigingen voor de verzekeraarbaarheid zijn meer bepaald:

7.4.4 Op te lossen knelpunten

7.4.4.1 Onmogelijkheid premiedoorberekening

Wat de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek bij de ziekenhuizen betreft werd aangegeven dat deze op dit moment niet de mogelijkheid hebben om de gevraagde premie door te berekenen, hetzij aan de patiënt, hetzij aan de ziektekostenverzekeraars. Het huidige systeem van financiering van de zorg in Nederland zou meebrengen dat geen extra middelen ter beschikking zijn gesteld waardoor de premie voor medisch-wetenschappelijk onderzoek ook daadwerkelijk kan worden doorberekend. Dit is, zulks hoeft uiteraard geen betoog, verzekeringseconomisch onwenselijk en kan, zoals werd aangegeven, zelfs tot averechte effecten leiden. Het gaat hier uiteraard om een kwestie die buiten het strikt verzekeringseconomisch aspect van dit onderzoek ligt. Hier kan alleen worden geconcludeerd dat de beleidsmaker uiteraard oog dient te hebben voor het feit dat een actuariel juiste risicopremie voor medisch-wetenschappelijk onderzoek, voor zover deze op een concurrentiële markt tot stand is gekomen, ook daadwerkelijk moet kunnen worden doorberekend.

7.4.4.2 Causaliteit

Zoals steeds bij medische aansprakelijkheid zal de omvang van de aansprakelijkheid in belangrijke mate afhankelijk zijn van causaliteitsvragen. Wanneer causaliteitsonzekerheid, meer bepaald betreffende het oorzakelijk verband tussen een verslechtering van de gezondheidstoestand van de patiënt-proefpersoon en de verrichting van het onderzoek systematisch zou worden afgewenteld op de verzekeraar leidt zulks inderdaad tot een situatie die strijdig is met de hierboven geschetste verzekeringseconomische uitgangspunten. Dat zou immers tot gevolg hebben dat de directe verzekeraar niet langer alleen de schade verzekert die door het onderzoek is ontstaan, maar ook ten dele gehouden zou worden schade te dekken die de proefpersoon lijdt zonder dat deze enig verband houdt met de verrichting.

Of dit risico van de afwenteling van causaliteitsonzekerheid reëel is, kan niet worden ingeschat. Wel is de vrees ter zake van verzekeraars begrijpelijk nu afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW onverkort van toepassing is verklaard op de directe verzekering. In de rechtspraak inzake het aansprakelijkheidsrecht is inderdaad een tendens te ontwaren om onzekerheid met betrekking tot het causaliteitsverband op de dader af te wentelen. Dit leidt, zo is in de literatuur betoogd, tot onverzekeraarheid van aansprakelijkheid en hetzelfde geldt ipso facto voor de directe verzekering.⁵¹²

⁵¹² Overigens gaf ook een buitenlandse expert op dit terrein aan dat wanneer causaliteitsonzekerheid inderdaad zou worden afgewenteld op de verzekeraar, waardoor deze de facto ook schade zou moeten vergoeden die niet door het onderzoek zou zijn veroorzaakt, dit inderdaad tot onverzekeraarheid van het risico zou leiden.

Hoe reëel het risico van een dergelijke afwenteling van causaliteitsonzekerheid is, kan moeilijk worden ingeschat. Het zal immers uiteindelijk toch de rechter zijn die zal moeten bepalen of een bepaalde schade van het slachtoffer door het medisch-wetenschappelijke onderzoek werd veroorzaakt en derhalve onder de verzekeringsdekking valt. Voor verzekeraars blijkt die mogelijke afwenteling van de causaliteitsonzekerheid echter juist het belangrijkste pijnpunt te zijn. Wanneer dit zou kunnen worden opgelost en zulks tot een vergroting van het verzekeringsaanbod zou kunnen leiden, zou dus aanmerkelijke winst kunnen worden behaald. Zoals aangegeven is in de literatuur de proportionele aansprakelijkheid als remedie naar voren geschoven om verzekeraarbaarheid te bevorderen bij onzekerheid omtrent het oorzakelijk verband.

Overigens moet worden benadrukt dat, wat de door verzekeraars gewraakte toepassing van afdeling 6.1.10 BW betreft, bij nader onderzoek alleen de causaliteitsmaatstaf het grote probleem blijkt te zijn. Ook de hoge (smartengeld)bedragen werden als pijnpunt naar voren geschoven. Echter, wanneer een hoog smartengeld ook kan worden doorberekend in een actuarieel juiste premie hoeft dat op zichzelf niet tot onverzekeraarbaarheid te leiden. Men zou zich derhalve kunnen voorstellen dat die afdeling integraal van toepassing blijft, behalve wat de causaliteitsaspecten betreft en dat bijvoorbeeld wordt voorgeschreven dat bij onzekerheid omtrent het causaal verband tussen de schade van de patiënt en het medisch-wetenschappelijk onderzoek de rechter met behulp van deskundigen zal moeten vaststellen wat de mate van waarschijnlijkheid is dat de schade door het experiment werd veroorzaakt, waarna het slachtoffer (de patiënt) gerechtigd wordt op vergoeding van een proportioneel deel van zijn schade. In het buitenland zijn reeds vele toepassingen te vinden van een dergelijke proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband betreffende de medische aansprakelijkheid,⁵¹³ ook de Nederlandse rechtspraak inzake medische aansprakelijkheid lijkt in de richting van een proportionele toerekening te gaan.⁵¹⁴

Met andere woorden: zowel in de theorie als in de jurisprudentie zijn oplossingen te vinden voor het door verzekeraars zo gevreesde probleem van de causaliteitsonzekerheid. Het verdient dus zeker nadere bestudering of een oplossing in de richting van een proportionele aansprakelijkheid tot een verbetering van de verzekeraarbaarheid zou kunnen leiden en derhalve ook van het verzekeringsaanbod. Overigens moet worden opgemerkt dat uit het empirische onderzoek is gebleken dat in het eerste jaar het aantal schadegevallen met medisch-wetenschappelijk onderzoek zeer laag is geweest, hetgeen ten dele het hierboven gehouden betoog over de risico's van onverzekeraarbaarheid relativeert.⁵¹⁵

⁵¹³ Zie wat de situatie in België betreft Faure, M., "Het verlies van een kans in België", in Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000, 161-196.

⁵¹⁴ Voor een overzicht van de recente jurisprudentie desbetreffend zie Akkermans, A., "Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid", in Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000, 102-106.

⁵¹⁵ Opvallend in dit verband zijn de uittalingen van de heer Petry van Ecclesia Versicherungsdienst ten aanzien van de situatie in Duitsland (interview te Berlijn op 21 maart 2001) die stelde dat in Duitsland de ongevalstatistiek zou aantonen dat risico's bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen bijzonder laag zijn, terwijl toch een behoorlijke premie kan worden gegenereerd. Volgens de heer Petry was de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek dan ook voor verzekeraars "ein Lizens zum Gelddrucken". Wanneer dat ook voor Nederland zou gelden zou de terughoudendheid van de Nederlandse verzekeringsmarkt moeilijk te begrijpen zijn...

7.5 Causaliteitsproblemen en mogelijke oplossingsrichtingen

7.5.1 De achtergrond van een bijzondere regeling

Voor een beoordeling van de huidige regeling in de WMO is het van belang de voorgeschiedenis in ogenschouw te nemen. Daarbij stond de positie van de proefpersoon centraal. In het klassieke aansprakelijkheidsrecht, gekenmerkt door schuldaansprakelijkheid, zou de proefpersoon onvoldoende bescherming vinden. Dit gegeven heeft tot pleidooien voor invoering van (vormen van) risicoaansprakelijkheid aanleiding gegeven. In eerste instantie werd dan ook invoering van een risicoaansprakelijkheid voorgesteld.⁵¹⁶

De rechtvaardiging voor risicoaansprakelijkheid werd gevonden in de blootstelling van de proefpersoon aan het door het bewuste onderzoek in het leven geroepen risico. Daar kwam dan nog bij dat de proefpersoon, in het algemeen, belangeloos het algemeen belang dient door deel te nemen aan het onderzoek.⁵¹⁷

Hoewel er uiteindelijk geen risicoaansprakelijkheid gekomen is, maar een vorm van directe verzekering, is deze achtergrond, zo zal hierna nog blijken, wel degelijk van belang. Deze directe verzekering is geen first-party-verzekering; het is immers niet de proefpersoon zelf die een verzekering tegen het risico van schade als gevolg van het onderzoek verzekert. Dat deze oplossing is gekozen in plaats van risicoaansprakelijkheid zou te maken hebben met het probleem dat bij invoering van die laatste optie niet voldoende dekkingscapaciteit, met name niet voor schade als gevolg van medisch-wetenschappelijk onderzoek met patiënten (niet gezonde proefpersonen), beschikbaar zou zijn.⁵¹⁸ Dat dat bij de gekozen directe verzekering wel het geval is, wordt hierdoor verklaard dat de uitkerende verzekeraar in het gekozen systeem regres kan nemen op diegenen die door verwijtbaar onzorgvuldig handelen tijdens het experiment de schade hebben veroorzaakt dan wel daaraan hebben bijgedragen. Dat dit regres mogelijk is, heeft een positief effect op de premiehoogte en maakt het – kennelijk – aantrekkelijker om dekking ter zake van schade als gevolg van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen te verlenen.

7.5.2 Een hybride figuur

7.5.2.1 Het perspectief van de proefpersoon

Vanuit het perspectief van de proefpersoon is sprake van een gunstige, immers laagdrempelige, regeling. Anders dan in de oude situatie hoeft de proefpersoon geen schuldaansprakelijkheid aannemelijk te maken; hij kan volstaan met (bij voldoende betwisting althans) aan te tonen dat hij schade heeft opgelopen bij c.q. door het experiment. Een fout (schuld) hoeft hij niet aannemelijk te maken; hij hoeft 'slechts' een causale relatie tussen zijn schade en het onderzoek aannemelijk te maken. Voldoende voor dekking is causaliteit in de zin van *condicio-sine-qua-non-verband*.

7.5.2.2 Het perspectief van verzekeraars

Het resultaat is vanuit het perspectief van verzekeraars minder fraai te noemen. De in de WMO neergelegde regeling is namelijk een bijzondere figuur, of beter, een hybride figuur. Er is weliswaar sprake van een directe verzekering, doch niet een waar de

⁵¹⁶ Zie Frenk, N., supra noot 1, 28-30.

⁵¹⁷ Vgl. Kamerstukken II 1995-1996, 22 588, nr. 11, 43.

⁵¹⁸ Zie Kamerstukken II 1995-1996, 22 588, nr. 11, 44 en in dit verband Frenk, N., supra noot 486, 9-10.

verzekeraars aan denken als zij de term directe verzekering laten vallen. In hun optiek wordt de dekkingssomvang bij een directe verzekering door de verzekeraars zelf bepaald. In het geval van de WMO is weliswaar sprake van een directe verzekering in technische zin, doch is de dekking niet door de verzekeraars doch in belangrijke mate door de wetgever bepaald. Cruciaal is daarbij, in de ogen van verzekeraars, dat de dekking bovendien is gekoppeld aan het civiele schadevergoedingsrecht van afdeling 6.1.10 BW (artikel 6, tweede lid, WMO). De pijn voor verzekeraars zit hierin dat zij door deze koppeling aan het schadevergoedingsrecht niet zijn verlost van hetgeen waarvan zij zo graag verlost zouden zijn: de onzekerheden en het open einde van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

7.5.3 Het onduidelijke bereik van de regeling

Voor een waardering van de WMO is het van belang vast te stellen dat het bereik van de regeling niet duidelijk is. Anders gezegd: we weten niet precies waar de regeling op ziet, welke gevallen tot een claim onder de directe verzekering aanleiding geven.

7.5.3.1 Condicio-sine-qua-non-verband tussen schade en onderzoek ontbreekt

Vast staat dat geen vergoeding plaatsvindt, wanneer het condicio-sine-qua-non-verband tussen de schade en het onderzoek ontbreekt. Dit wordt nog eens bevestigd door artikel 5, tweede lid, VerzekeringsAMvB: schade die zich ook zou hebben geopenbaard indien de proefpersoon niet aan het onderzoek zou hebben deelgenomen wordt niet vergoed. Het ligt voor de hand daarbij te denken aan de verwezenlijking van risico's die inherent zijn aan de ziekte of zwakke gezondheid van de betrokken proefpersoon. Dergelijke 'schade' hoort evident niet thuis op het bord van de onderzoeker, de verrichter van het onderzoek of diens verzekeraar. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het geval dat een hartpatiënt tijdens een onderzoek komt te overlijden. Intussen is het ook in een dergelijk geval lang niet altijd eenvoudig aan te geven of sprake is van verwezenlijking van dat aan de gezondheid of kwaal inherente risico dan wel van een door het onderzoek in het leven geroepen additioneel risico. Het kan zeer wel zijn dat een onderzoek een verhoogde sterftekans meebrengt. In dergelijke gevallen ligt het veel minder voor de hand dat de verzekeraar van de verrichter van het onderzoek de rekening aan zich voorbij ziet gaan.

7.5.3.2 Condicio-sine-qua-non-verband tussen schade en onderzoek is aanwezig

Geen vergoeding wanneer het condicio-sine-qua-non-verband tussen de schade en het onderzoek ontbreekt; dat is duidelijk de bedoeling van de wetgever. Maar wat nu wanneer het condicio-sine-qua-non-verband tussen schade en onderzoek wel aanwezig is? Komt de schade dan steeds voor vergoeding in aanmerking? Anders geformuleerd: komt alle schade die in verband met het onderzoek te brengen is voor vergoeding in aanmerking?

Het antwoord luidt ontkennend. Artikel 7 WMO geeft de mogelijkheid van dekking uit te sluiten schade die zeker of nagenoeg zeker het gevolg is van het onderzoek. Verzekeraars zullen ook ongetwijfeld van deze mogelijkheid gebruik maken. De achtergrond van deze uitsluitingsmogelijkheid is duidelijk: het zou vrijwel steeds gaan om onderzoeken die in het belang van de proefpersoon, en derhalve veel minder althans niet alleen in het algemeen belang zijn: de proefpersoon zou juist daarom met (blootstelling aan) het risico instemmen. Dat is één. Het tweede belangrijke gegeven is dat schade die zeker dan wel nagenoeg zeker is, niet verzekeraar is.

Hiervan uitgaande zullen verzekeraars dus van de in artikel 7 WMO geboden mogelijkheid gebruik maken. Dit type schade wordt derhalve ondanks de aanwezigheid van *condicio-sine-qua-non-verband* tussen schade en onderzoek niet vergoed. Hoe zit het echter met de andere gevallen waarin *condicio-sine-qua-non-verband* tussen schade en onderzoek aanwezig is? Zelfs dan kan betwijfeld worden of vergoeding wel steeds op haar plaats is.

Dat geldt uiteraard niet voor schade die het gevolg is van tijdens het onderzoek gemaakte fouten: het is evident dat deze moet worden vergoed. De laagdrempeligheid van de regeling leidt er echter toe dat andere gevallen op het eerste gezicht ook tot vergoeding zouden moeten leiden. Wat te denken bijvoorbeeld van het geval dat een proefpersoon bij wie voor een onderzoek bloed moet worden geprikt en die op weg naar de bloedafname uitglijdt en letsel oploopt? Of van het geval dat diezelfde proefpersoon tijdens de bloedafname flauw valt en letsel oploopt? Steeds is zeer wel verdedigbaar dat sprake is van schade veroorzaakt door het onderzoek. Het is althans moeilijk uit te leggen dat dat niet zo is. Of het ook, gelet op de hiervoor geschetste voorgeschiedenis en achtergrond van de regeling, steeds de bedoeling is dat deze schade wordt vergoed, mag worden betwijfeld. Het gevaar bestaat dat onder de WMO schade wordt vergoed die eigenlijk door de getroffen zelf zou moeten worden gedragen. In de parlementaire geschiedenis wordt op dit punt echter geen zekerheid geboden.

7.5.3.3 Onduidelijke reikwijdte problematisch

De onduidelijke reikwijdte van de WMO is problematisch tegen de achtergrond van hetgeen verzekeraars als het kernprobleem van de WMO zien: de overeenkomstige toepassing van afdeling 6.1.10 BW ingevolge artikel 6, tweede lid, WMO. De regeling van het civiele schadevergoedingsrecht is van overeenkomstige toepassing. Daarbij geldt een zekere clausulering: het civiele schadevergoedingsrecht is van overeenkomstige toepassing, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met aard van de verplichting zich daartegen niet verzet. Het is dus mogelijk bepalingen buiten toepassing te laten doch wanneer dat kan of mag, wordt in de parlementaire geschiedenis weer niet duidelijk gemaakt.

Het lijkt echter bij de toepassing van artikel 6, tweede lid, WMO van belang in het oog te houden dat, in de toelichting is dat duidelijk terug te vinden, ernaar gestreefd moet worden zoveel mogelijk vergoeding te laten plaatsvinden op dezelfde wijze als onder het aanvankelijk voorgestelde regime van risicoaansprakelijkheid.⁵¹⁹ Deze ratio kan meteen als maatstaf dienen: de verplichting van de verzekeraar onder de WMO mag niet afwijken van een eventuele wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Wat zou rechtens zijn wanneer voor een risicoaansprakelijkheid zou zijn gekozen? Het antwoord op deze vraag is bepalend voor de uitkeringsplicht van de verzekeraar onder de WMO.

7.5.4 Overeenkomstige toepassing van afdeling 6.1.10 BW. Enkele problemen

7.5.4.1 De kring van gerechtigden

Een van de vragen waarvoor de WMO-verzekeraar komt te staan is de vraag wie er onder de WMO kunnen claimen. Het is duidelijk dat daarbij onderscheid dient te

⁵¹⁹ Zie Kamerstukken II 1995-1996, 22 588, nr. 11, 44-45.

worden gemaakt tussen het geval dat de proefpersoon letsel oploopt en het geval dat hij is komen te overlijden. In dat laatste geval ligt het gelet op artikel 6, tweede lid, WMO voor de hand bij de beantwoording van de vraag wie kan claimen evenals bij de beantwoording van de vraag welke schade(posten) voor vergoeding in aanmerking komen aansluiting te zoeken bij artikel 6:108 BW. In deze bepaling is limitatief opgesomd welke nabestaanden recht hebben op vergoeding van overlijdensschade en welke posten voor vergoeding in aanmerking komen. In geval van letsel dient uiteraard aan de proefpersoon zelf te worden gedacht en aan derden voor zover sprake is van naar hen verplaatste schade in de zin van artikel 6:107 BW. Of de werkgever ook verhaal heeft op de WMO-verzekeraar ter zake van het door hem betaalde loon is de vraag. Weliswaar is dit recht opgenomen in afdeling 6.1.10 BW, immers in artikel 6:107a, doch eigenlijk is hier sprake van verhaal door een regresnemer. En het is juist twijfelachtig of regresnemers de WMO-verzekeraar wel kunnen aanspreken.⁵²⁰ Een tweetal overwegingen geeft aanleiding te denken dat dit niet het geval is. In de eerste plaats is op zijn minst twijfelachtig of de verplichting van de WMO-verzekeraar een aansprakelijkheid naar burgerlijk recht is zoals in beginsel nodig is voor regres (vgl. o.m. artikel 90 WAO, artikel 83b ZFW).⁵²¹ Mocht dat echter wel zo zijn, dan is er nog een tweede relevant gegeven: de voorgeschiedenis van de huidige regeling. Aanvankelijk zou een risicoaansprakelijkheid worden ingevoerd die in artikel 6:197 BW zou worden opgenomen.⁵²² Ingevolge deze tijdelijke regeling verhaalsrechten kunnen regresnemers geen gebruik maken van de in de regeling opgesomde bijzondere aansprakelijkheden, hetgeen inhoudt dat zij op verhaal op basis van artikel 6:74 of artikel 6:162 BW zijn aangewezen. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand dat regresnemers opeens wel kunnen profiteren van de huidige WMO-regeling die in de plaats is gekomen van de aanvankelijk beoogde risicoaansprakelijkheid. Hiervoor is aangegeven dat de vraag zou moeten zijn wat rechtens zou zijn wanneer voor een risicoaansprakelijkheid zou zijn gekozen. In dat geval zouden regresnemers niet van de bijzondere regeling gebruik hebben kunnen maken. Het ligt dus voor de hand dat hetzelfde geldt voor de vraag of zij de WMO-verzekeraar kunnen aanspreken. Nu de werkgever die ex artikel 6:107a BW doorbetaald loon wenst te verhalen in wezen een regresnemer is, zal ook hij, tegen de juist genoemde achtergrond, geen beroep kunnen doen op de uitkeringsplicht van de WMO-verzekeraar.⁵²³

7.5.4.2 Causaliteitsproblemen

Van grotere betekenis voor verzekeraars is dat noch in de WMO noch in de VerzekeringsAMvB regels zijn opgenomen met betrekking tot causaliteit. Als uitgangspunt geldt dan dat de bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen schade en onderzoek ligt bij de proefpersoon: dat betekent dat hij het *condicio-sine-qua-non*-verband zal moeten aantonen (artikel 177 Rv.). De aansprakelijkheid, of beter, de uitkeringsplicht van de verzekeraar is daarmee gegeven.

Toepassing van artikel 6:98 BW

Wanneer de proefpersoon in het bewijs van het *condicio-sine-qua-non*-verband is geslaagd, is een tweede causaliteitskwestie aan de orde: welke schade(posten) wordt nog aan het onderzoek toegerekend. Door de verwijzing in artikel 6 WMO naar afdeling 6.1.10 BW komt artikel 6:98 BW in beeld. In deze bepaling is de zogenaamde leer van de toerekening naar redelijkheid neergelegd: zij houdt in dat in het kader van de causaliteit in de omvangsfase omstandigheden (factoren) relevant zijn als de aard van

⁵²⁰ Impliciet ontkennend: Kamerstukken II 1995-1996, 22 588, nr. 11, 47.

⁵²¹ Franken, A.Ch.H., *supra* noot 130, 5 lijkt daar echter wel degelijk van uit te gaan.

⁵²² Zie in dit verband Frenk, N., *supra* noot 1, 30.

⁵²³ Anders Franken, A.Ch.H., *supra* noot 130, 5.

de schade, de aard van de aansprakelijkheid, de voorzienbaarheid et cetera. Gelet op de rechtspraak op het terrein van letselschade, waar ongeacht de aard van de aansprakelijkheid, een ruime toerekening gelet op de aard van de schade wordt aangenomen, ligt het voor de hand dat ook in het kader van de WMO ruime toerekening uitgangspunt zal zijn. De aard van de schade lijkt namelijk belangrijker dan de aard van de aansprakelijkheid. Ruime toerekening houdt in dat ook gevolgen die buiten de lijn der verwachtingen liggen en die bijvoorbeeld samenhangen met een abnormale kwetsbaarheid van de gelaedeerde aan de 'dader' of veroorzaker worden toegerekend. In het aansprakelijkheidsrecht wordt in dit kader wel het adagium 'the tortfeasor takes the victim as he finds him' gebruikt: een bijzondere lichamelijke of geestelijke gesteldheid staan niet aan toerekening in de weg.⁵²⁴ Anders gezegd: in het kader van de toepassing van artikel 6:98 BW kan de getroffen niet worden toegerekend dat hij niet normaal gezond is: de 'normaal robuuste mens' is niet de maatman.

Dit is voor de WMO een relevant gegeven. Komt bijvoorbeeld een hartpatiënt tijdens een experimentele operatie te overlijden en blijkt de oorzaak gelegen in enkele – tot dan toe onbekend gebleven – zwakke vaten, dan is er wel degelijk aanleiding een uitkeringsplicht aan te nemen. De bijzondere lichamelijke gesteldheid van betrokkene kan hem niet worden tegengeworpen; althans niet in het kader van toepassing van artikel 6:98 BW. Wanneer echter de schadebegrotingsvraag aan de orde is, zal er echter wel weer rekening mee moeten worden gehouden dat de betrokkene zwakker was dan gemiddeld, hetgeen wellicht ook zonder het onderzoek invloed zou hebben gehad op zijn carrière c.q. op zijn levensduur. Voor de begroting van de schade moet immers de werkelijke situatie (overlijden tijdens het onderzoek) worden vergeleken met de hypothetische situatie zonder onderzoek: wat zou er zonder het onderzoek van betrokkene geworden zijn? Bij de beantwoording van die vraag moet uiteraard worden uitgegaan van de concrete persoon met zijn zwakheden: de 'normaal robuuste mens' is niet de maatman bij bepaling van de omvang van de schade. Een bijzondere lichamelijke zwakheid zoals in het gegeven voorbeeld zou ook zonder het onderzoek een nadelige invloed kunnen hebben gehad op het aantal arbeidsjaren of anderszins op de loopbaan van betrokkene of zelfs op zijn levensduur en daarmee op de omvang van het door zijn nabestaanden gederfde levensonderhoud.

De relativering zit derhalve niet in toepassing van artikel 6:98 BW maar in de begroting van de schade: daar is de kwetsbaarheid van betrokkene een factor die ten nadele van hem zal moeten worden meegenomen.⁵²⁵ Naar verluidt zouden verzekeraars zich onder meer beklagen over de consequenties van de ruime causaliteitstoerekening in het kader van toepassing van artikel 6:98 BW. Uit het voorgaande blijkt dat men dit punt niet moet overdrijven: verzekeraars mogen de proefpersoon wel degelijk tegenwerpen dat hij niet normaal gezond was. Dat mag dan wel niet in het kader van artikel 6:98 BW doch mag wel degelijk in het kader van de schadebegroting.

Onzekerheid over het condicio-sine-qua-non-verband

Het belangrijkste causaliteitsprobleem wordt gevormd door de vraag of men wel aan toepassing van artikel 6:98 BW toekomt. Hiervoor is al aangegeven dat daarvoor nodig is dat het condicio-sine-qua-non-verband tussen schade en onderzoek bestaat. Wat nu wanneer daarover onzekerheid bestaat?

⁵²⁴ Zie in dit kader Hartlief, T., "Letselschade en toerekening naar redelijkheid", *VR*, 1995, 161-166 en dezelfde, "The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?", *TvP*, 1999, 29-30.

⁵²⁵ Dit is vaste rechtspraak in het kader van toepassing van artikel 6:98 BW bij letselschade. Zie bijvoorbeeld HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372 (GJS), HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136 en HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137 (CJHB).

Wat nu wanneer niet duidelijk is of het gaat om de verwezenlijking van een risico verbonden aan het onderzoek dan wel verbonden aan de gezondheid van de proefpersoon? Hoewel in verband met artikel 177 Rv. als uitgangspunt geldt, zoals hiervoor ook al is aangegeven, dat de bewijslast rust op de proefpersoon, wordt in de toelichting aangegeven dat er plaats kan zijn voor tegemoetkoming aan de bewijsnood van de getroffen bijvoorbeeld door in een incidenteel geval een vermoeden in zijn voordeel aan te nemen.⁵²⁶

Het is zelfs de vraag of de WMO-verzekeraar niet het risico loopt dat hij structureel wordt geconfronteerd met de bewijslast. Niet uitgesloten is namelijk dat op de onderhavige problematiek de omkeringsregel dient te worden toegepast.⁵²⁷ Deze regel houdt kort gezegd in dat wanneer men door een wanprestatie of onrechtmatige daad een risico op schade voor een ander in het leven heeft geroepen en dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt, het causaal verband, behoudens tegenbewijs, gegeven is.⁵²⁸ Deze omkeringsregel wordt in de medische sfeer toegepast,⁵²⁹ zij het niet onverkort. Zo kan zij de getroffen bij schending van de informatieplicht van de hulpverlener niet baten.⁵³⁰ Dat komt doordat voor toepassing van de omkeringsregel nodig is dat duidelijk is welke risico in het leven is geroepen en vervolgens dat dat risico zich heeft verwezenlijkt.⁵³¹ laat een arts bijvoorbeeld na te wijzen op het risico van een dwarslaesie en treedt nu juist dit gevolg op, dan geldt de omkeringsregel niet omdat het risico in het leven geroepen door schending van de informatieplicht 'slechts' is dat de betrokkene niet de keus maakt die hij bij juiste informatie zou hebben gemaakt, doch niet het risico dat er dwarslaesie optreedt. Nu is niet duidelijk of de omkeringsregel op de WMO-uitkeringsplicht kan worden toegepast. De achtergrond van de regel is dat het redelijk is, om de onzekerheid omtrent het causaal verband voor rekening te brengen van diegene die het risico in het leven heeft geroepen. Dat pleit voor toepassing. Dat de Hoge Raad al eens heeft beslist dat de omkeringsregel niet op een verzekeringsovereenkomst wordt toegepast,⁵³² lijkt niet beslissend nu het in het onderhavige kader niet om een first-party-verzekering gaat, doch om een directe verzekering die bovendien in haar uitwerking aan het aansprakelijkheidsrecht gekoppeld is. Zo bekeken ligt toepassing van de omkeringsregel wel weer voor de hand. Al dan niet toepassing van de omkeringsregel is van min of meer beslissende betekenis: wordt zij toegepast dan zal de verzekeraar vrijwel steeds tot uitkering moeten overgaan; wordt zij niet toegepast dan zal de getroffen vrijwel steeds met zijn schade blijven zitten.

Vergelijkbaar is de problematiek wanneer onzekerheid bestaat omtrent de vraag of de schade kan worden toegeschreven aan het onderzoek dan wel aan een gedraging van een derde. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een hartpatiënt komt te overlijden tijdens een experimentele behandeling en dat de oorzaak in die zin onduidelijk is dat zij gelegen kan zijn in (de ook tijdens het experiment voortgezette) toediening van het medicijn uit de reguliere behandeling dan wel in toepassing van de experimentele methode. Gelet op de verwijzing in artikel 6 WMO naar afdeling 6.1.10 BW rijst juist in dit verband de vraag of artikel 6:99 BW kan worden toegepast. De consequentie zou dan zijn dat het ontbreken van het condicio-sine-qua-non-verband tussen schade en onderzoek moet

⁵²⁶ Kamerstukken II 1995-1996, 22 588, nr. 11, 46.

⁵²⁷ Zie meer uitgebreid de beschouwingen van Beenders, D.J., "Enige relativeringen van de omkeringsregel inzake causaal verband", NTBR 2001, 278-282; Hartlief, T., "Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel'", Ars Aequi 2001, 452-459 en Kaandorp, D., "De omkeringsregel(s)", Ars Aequi 2001, 836-845.

⁵²⁸ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (WMK).

⁵²⁹ Zoals in HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (F.C.B. van Wijnen en JBMV) bij schending van een protocol inhoudende dat bij een knieoperatie een anti-stollingsmiddel moet worden toegediend.

⁵³⁰ HR 23 november 2001, RvdW 2001, 188.

⁵³¹ Zie in dit kader vooral HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (JBMV).

⁵³² HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 (MMM).

worden bewezen door de WMO-verzekeraar. In de literatuur wordt er vanuit gegaan dat artikel 6:99 BW inderdaad van overeenkomstige toepassing is.⁵³³ Evenals bij toepassing van de omkeringsregel is al dan niet toepassing van artikel 6:99 BW van min of meer beslissende betekenis: wordt zij toegepast dan zal de verzekeraar vrijwel steeds tot uitkering moeten overgaan; wordt zij niet toegepast dan zal de getroffen(e) vrijwel steeds met zijn schade blijven zitten.

Het gevaar van toepassing van de omkeringsregel evenals van toepassing van artikel 6:99 BW is dat de WMO-verzekeraar moet opkomen voor schade die (wellicht) niet door het onderzoek is veroorzaakt. Dat toepassing desalniettemin voor de hand ligt, houdt verband met de consequenties van buiten toepassing laten voor de proefpersoon: hij zou dan vrijwel steeds met zijn schade blijven zitten, ook in gevallen waarin een reële mogelijkheid bestaat dat zijn schade door het onderzoek is veroorzaakt.

Proportionele benadering als alternatief?

Het verbaast tegen de geschetste achtergrond niet dat juist in dit soort gevallen wordt gepleit voor toepassing van een proportionele benadering die inhoudt dat de last van causaliteitsonzekerheid wordt verdeeld over veroorzaker (in casu de WMO-verzekeraar) en de getroffen(e) (in casu de proefpersoon). In dit verband kan men bijvoorbeeld denken aan de toerekening naar kansbepaling die in het kader van werkgeversaansprakelijkheid werd toegepast door de Kantonrechter Middelburg in een geval waarin longkanker was veroorzaakt door asbestblootstelling dan wel door roken. Na raadpleging van deskundigen veroordeelde de kantonrechter de werkgever tot vergoeding van 26% van als gevolg van de longkanker geleden schade.⁵³⁴ Een ander type proportionele benadering dat juist in de sfeer van de medische aansprakelijkheid steeds vaker wordt toegepast is de vergoeding ter zake van het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat. Daar zijn inmiddels vele voorbeelden van in de rechtspraak terug te vinden.⁵³⁵

Het voordeel van een proportionele benadering is dat de last van onzekerheid niet bij een van de betrokkenen terecht komt, doch juist over hen wordt verdeeld. Vanuit vergoedingsoogpunt heeft de benadering het voordeel dat niet teveel (zoals wellicht het gevolg is van toepassing van een alles-of-niets-benadering), maar ook niet te weinig (zoals wellicht het gevolg is van toepassing van een alles-of-niets-benadering) wordt vergoed, terwijl vanuit preventieoogpunt van belang is dat hierdoor juiste prikkels tot zorgvuldig gedrag worden gegeven. Vanuit verzekeringsoogpunt is uiteraard van belang dat geen dekking wordt verleend voor schade die niet door de verzekeringnemer is veroorzaakt althans voor schade die eigenlijk niet tot een uitkeringsplicht had moeten leiden. Hiervoor is al aangegeven dat dit gevaar juist wel bestaat bij toepassing van de omkeringsregel of artikel 6:99 BW.

Dit alles wil echter niet zeggen dat de proportionele benadering zonder problemen is. Als bekend wordt er in de Nederlandse literatuur op dit moment juist ook aandacht gevraagd voor minder aantrekkelijke kanten van de proportionele benadering.⁵³⁶ Zo is er dogmatische kritiek (hoe verhoudt een en ander zich bijvoorbeeld tot het recht op volledige vergoeding?), maar ook meer praktisch getinte kritiek: hoe wordt bijvoorbeeld de (omvang van de) kans of de omvang van de schade bepaald? Kunnen statistische

⁵³³ Zie bijvoorbeeld Franken, A.Ch.H., supra noot 130, 4 en dezelfde, supra noot 467, 154-155.

⁵³⁴ Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *NJ/Kort* 1999, 35.

⁵³⁵ Zie in het bijzonder de bijdragen van Van Dijk, Ch. en Akkermans, A.J., in *Proportionele aansprakelijkheid* (Akkermans, A.J. e.a. (red.), supra noot 507).

⁵³⁶ Zie in het bijzonder de bijdragen van Peepkorn, D. en Akkermans, A.J., in *Proportionele aansprakelijkheid* (Akkermans, A.J. e.a. (red.), supra noot 507).

gegevens worden gebruikt en zijn die steeds beschikbaar? Is het gevaar van 'hocus pocus' niet groot?⁵³⁷

Het past niet in dit bestek om de proportionele benadering uit en te na te bespreken. Het lijkt voldoende te kunnen vaststellen dat er in toenemende mate wordt nagedacht over proportionele oplossingen in gevallen waarin de klassieke alles-of-niets-benadering onbevredigende gevolgen heeft, dat zij ook in toenemende mate in de rechtspraak zijn terug te vinden en dat in de doctrine aandacht wordt gevraagd voor het oplossen van problemen die weer aan proportionele oplossingen verbonden zijn.

7.5.5 Enkele conclusies

In het voorafgaande is aan de orde gesteld welke mogelijke problemen vanuit het perspectief van verzekeraars aan de WMO verbonden zijn. In dat kader is aan een tweetal thema's bijzondere aandacht besteed.

In de eerste plaats is dat de onduidelijke reikwijdte van artikel 7 WMO zelf. De huidige tekst lijkt te ruim: het ligt niet direct voor de hand dat alle schade die door het onderzoek is veroorzaakt tot uitkering leidt. In de huidige tekst bestaat het gevaar dat schade onder de WMO tot vergoeding komt die de wetgever eigenlijk niet op het oog heeft gehad toen hij met de WMO kwam. Het verdient derhalve aanbeveling nadere invulling aan artikel 7 WMO te geven. Regelgevend optreden ligt hier voor de hand. In de tweede plaats is bijzondere aandacht besteed aan de koppeling van de WMO-uitkeringsplicht met afdeling 6.1.10 BW. Zij heeft diverse onduidelijkheden tot gevolg. Voor een oplossing kan de ratio soms uitkomst bieden: de vraag is dan wat rechtens zou zijn wanneer een risicoaansprakelijkheid zou zijn ingevoerd. De bescherming van de proefpersoon moet immers gelet op de toelichting van gelijk niveau zijn. Op deze wijze kan bijvoorbeeld de kring-van-gerechtigden-problematiek worden opgelost. Lastiger is de causaliteitsproblematiek: het gevaar van afwenteling van causaliteitsonzekerheid op de WMO-verzekeraar is, als gesteld, niet denkbeeldig. Zij is dan het gevolg van toepassing van een alles-of-niets-benadering: toepassing van de omkeringsregel of van artikel 6:99 BW. Dat verzekeraars zich hieromtrent zorgen maken, ligt voor de hand. Zij zullen echter al snel oplossingen voorstellen die voor de andere betrokkene, de proefpersoon, zeer nadelige consequenties hebben. Vergaande in de WMO of VerzekeringsAMvB op te nemen uitsluitingen zullen er immers al snel toe leiden dat de proefpersoon weinig aan de WMO heeft, ook wanneer een verband tussen schade en onderzoek een reële optie is. Uitsluiting is immers ook een alles-of-niets-benadering. Tegen deze achtergrond verdient het daarom aanbeveling na te denken over een proportionele benadering die dan uiteraard procedureel (hoe wordt de kans of het percentage bepaald?) en/of materieel (bij een bepaalde mate van onzekerheid wordt bijvoorbeeld met een vast bedrag gewerkt) dient te worden uitgewerkt in WMO en/of VerzekeringsAMvB.

⁵³⁷ In de rechtspraak zijn inderdaad ook minder goed gemotiveerde rechterlijke beslissingen terug te vinden. Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41 en Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44.